

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



**Constitución socioeconómica y derechos fundamentales :
estudio comparado entre los casos de España y Argentina**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Christian Alberto Cao

Bajo la dirección del doctor

Ramón Peralta Martínez

MADRID, 2013



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID

TESIS DOCTORAL

**Constitución socioeconómica y derechos fundamentales. Estudio
comparado entre los casos de España y Argentina.**

Unidad académica: Facultad de Derecho

Departamento académico: Derecho Constitucional

Doctorando: Prof. Mg. Don Christian Alberto Cao

Director de Tesis: Prof. Dr. Don Ramón Peralta Martínez

Febrero de 2013.

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

La dedicatoria del presente trabajo forma parte, a su vez, de un profundo agradecimiento por todo el aporte que he recibido –y aún me encuentro recibiendo- en vísperas de la consagración de mis estudios de doctorado.

Primeramente, debo mencionar el aliento que mi familia -mi hermano Maximiliano y mis padres Alberto y Margarita- me ha brindado en todo momento. Las vicisitudes que presentaron los diferentes períodos de estancias académicas y científicas fuera de mi país de origen han sido sorteadas -en gran medida- gracias al apoyo que de ellos he recibido. Al desinteresado sostén – profesional, intelectual e incluso moral- de Viviana Albertus debe sumarse el apoyo de mis colaboradores en la docencia universitaria, Nora Bluro, Pablo Lozada Castro, Lucía Agüero y Gonzalo Gamarra.

También debo mencionar a la persona que tiempo atrás, en la Universidad de Buenos Aires, fuera mi director de estudios, mi profesor, mi consejero y –como también él solía considerarme- mi amigo, el Profesor Doctor Germán José Bidart Campos (*in memoriam*). Sus consejos y sugerencias sabiamente expresados acerca de continuar mis estudios superiores la prestigiosa Universidad Complutense de Madrid han dado sus frutos.

La cátedra de la asignatura Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la misma casa de altos estudios, a la cual pertenezco desde mi lugar de profesor titular (o adjunto, como se lo denomina en Argentina) también han constituido un gran incentivo. Al Profesor Catedrático Dr. Néstor Pedro Sagüés, al Profesor Andrés Osvaldo Forastiero y al resto de los integrantes de la cátedra les debo parte de lo hasta aquí logrado.

Resulta una injusticia no mencionar en forma particular y pormenorizada al resto de profesores –tanto de la Universidad Complutense de Madrid, como de la Universidad de Buenos Aires- colegas, amigos, compañeros y familiares que de alguna u otra manera han colaborado en este gran avance de mi carrera académica durante todos estos años. Pero su afecto y en su sabiduría, comprenderán que se encuentran presentes y forman parte de este importante logro que Dios me ha ayudado a conseguir.

Un gran esfuerzo económico ha sido contribuido por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas argentino en su invaluable aporte material.

Debo mencionar también el esfuerzo que la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid ha realizado al otorgarme la beca al mérito académico para estudiantes de doctorado, durante el primer año de cursos del programa de doctorado “Estudios Superiores de Derecho Constitucional”. De similar manera me he sentido honrado al alcanzar el título de Diploma de Estudios Avanzados y la correspondiente *Suficiencia Investigadora*. Finalmente

también constituye una nueva distinción poder presentar el presente trabajo de tesis como corolario del esfuerzo doctoral.

A todos ellos –personas e instituciones- va dirigida la dedicatoria de este trabajo doctoral y, por supuesto, mi más profundo agradecimiento.

Madrid y Buenos Aires, diciembre de 2012.

SUMARIO (hasta 200 palabras)

El trabajo de tesis define, en primer lugar, las pautas y contenidos de la Constitución socioeconómica a partir de la relación entre el Estado y la norma constitucional en función de la economía y sus diferentes modos de distribución de los recursos escasos. De esta forma identifica sus orígenes, elementos combinados y contenidos, integrándolos dentro de la dogmática de los casos de estudio (España y Argentina) vinculados con la observación de fenómenos socioeconómicos y la consecuente descripción y sistematización del factor de poder empírico económico y su inserción en el derecho constitucional formal y material.

En segundo lugar compara los espectros de derechos constitucionales económicos, sociales y culturales reconocidos de ambos casos, identificando sus extremos, elementos específicos, características normativas y jurisprudenciales y alcances tuitivos. Para ello se sirve de una clasificación especialmente acuñada que distingue tres especies de derechos: propiedad privada y libertad de empresa; del trabajo y de la seguridad social y resto de los derechos sociales y culturales (de los consumidores y usuarios y al ambiente natural y al patrimonio cultural).

A partir de tal metodología científica extrae una serie de conclusiones propicias para ser aportadas al debate académico y a la ciencia jurídica aplicada.

INTRODUCCION Y ENFOQUE METODOLÓGICO DEL TRABAJO.

La relación entre el Estado y la norma constitucional ha despertado interés en los debates académicos y científicos desde el mismo momento del estudio específico de ambos elementos.

En forma paralela –e incluso complementaria a lo anterior-, la economía y sus diferentes modos de distribución de los recursos escasos para satisfacer las necesidades sociales precisaron de un orden jurídico que permitiera articular la convivencia social en constante transformación.

Y ese en este contexto en el cual el derecho constitucional contemporáneo –entendido como una subdisciplina científica fundamental- realiza su mayor esfuerzo para explicar, dotar de herramientas jurídicas y proyectar soluciones para el tratamiento de nuevos (y no tan modernos) problemas.

La estructuración dividida del poder político y el reconocimiento de derechos fundamentales aportadas por la clásica definición inserta en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa del año 1789 forman parte del derecho constitucional, y sus principios se proyectan en el Estado constitucional de derecho. Dentro de este modelo, los derechos económicos reconocidos por las diferentes normas supremas dan lugar a los espacios de intercambios –o mercados-, los cuales a su vez cohabitan con el resto de los bienes jurídicos consagrados, en especial con aquellos de índole social y cultural.

De esta manera la Constitución socioeconómica se relaciona con la otrora Constitución política para destacar una unidad de estudio científico que permita entender y aproximar respuestas a los interrogantes económicos actuales.

En este orden de ideas, el trabajo de tesis posee como objetivo principal definir las pautas, orígenes, elementos combinados y contenidos de la Constitución socioeconómica, integrándolos dentro de la dogmática de los casos de estudio, como así también comparar el espectro de derechos económicos, sociales y culturales –en cuanto a reconocimiento de bienes jurídicos, características y alcance de la protección- en los ordenamientos jurídicos de España y Argentina.

En este orden de ideas, una primera sección del trabajo aborda las relaciones entre el Estado, la economía y el derecho, en especial el derecho de la Constitución y el ámbito jurídico que lo rodea.

La segunda sección de la tesis compara el sistema de derechos socioeconómicos y culturales entre los dos casos señalados, a partir de sus textos supremos del año 1978, con la acotada reforma del año 2011 (en el caso de España), y del año 1853, con las reformas de los años 1957 y 1994 (en el caso de Argentina).

Este doble objetivo general reúne las facetas empírica, teórico-metodológica y de dogmática comparada, a saber:

- *Analítica del poder (evidencia)*, que consiste en observar fenómenos socioeconómicos y a partir de ello describir y sistematizar la investigación en torno a la identificación, delimitación, complementariedad y regulación jurídica del poder fáctico económico y su inserción en el derecho constitucional formal y material;

- *Teórico-metodológica*, cual es abstraer, reconocer, revisar, acuñar tipologías, construir categorías para explicar científicamente el concepto “Constitución socioeconómica”, abordando su utilidad, esencia terminológica y elementos que la componen, a los fines de su posterior aplicación en la dogmática de los casos de estudio; y

- *Método comparado*, tendiente a contrastar las unidades de análisis comunes y disímiles de ambos ordenamientos constitucionales (casos de España y Argentina), identificando sus similitudes y diferencias. Ello con el objeto de proyectar alternativas que contribuyan al debate sobre la mejora de la dogmática de cada caso, orientada hacia una mayor satisfacción de los derechos fundamentales, considerando las particularidades del caso y evitando así caer en simples traspolaciones o cruzamientos jurídicos sin solución de continuidad.

En el plano bibliográfico y en la primera sección de la obra han sido preferidos autores provenientes del derecho constitucional de Europa y América, con énfasis en el abordaje Iberoamericano -principal o al menos tangencialmente-, y en especial de contenido socioeconómico. En la segunda sección del trabajo, en cambio, prevalece la literatura referida a la dogmática jurídica de ambos casos de estudio, para arribar finalmente a las conclusiones comparadas

El trabajo aborda la normativa constitucional –y en ocasiones, la supranacional- de cada caso dogmático, por lo que especialmente prescinde de la normativa infraconstitucional tanto de España como de Argentina. Esto debido a que la tesis doctoral pretende arribar a conclusiones en transiten en el plano constitucional, excedente de las coyunturas normativas emanadas por los poderes constituidos.

En el caso de la jurisprudencia, hemos preferido aquella emanada por el Tribunal Constitucional español y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (y en algunos casos, la generada por los tribunales constitucionales de otros Estados), por considerarla más ajustada a lo señalado en el párrafo anterior, pero sin desconocer su evidente relación con la casuística del caso contencioso bajo estudio. Asimismo debemos destacar que el espectro temporal de la búsqueda de tales pronunciamientos judiciales ha sido desde los años 1981 (Tribunal Constitucional, España) y 1866 (Corte Suprema de Justicia, Argentina) al año 2011. La fecha de corte de la bibliografía relevada coincide con la recién expuesta.

La estructura del trabajo de tesis doctoral se presenta de la siguiente manera.

En el Capítulo I hemos abordado las relaciones entre el Estado, el derecho constitucional y la economía, a la luz de sus transformaciones en diferentes modelos organizacionales político-

jurídicos. El modelo legislativo de derecho y su propuesta superadora constitucional de derecho centralizan el abordaje teórico y los problemas que plantean.

El Capítulo II encara el concepto “Constitución socioeconómica” y su relación con los factores empíricos de poder. Analiza el sistema jurídico jerárquico en el entendimiento de la supremacía, a lo largo de la historia constitucional española y argentina. El despliegue histórico por los textos fundamentales de los años 1812, 1837, 1869 y 1931, en España; y 1853, 1949, 1957 y 1994, en Argentina, dan cuenta de la trascendencia de tal concepto. Este apartado concluye incorporando al estudio la dimensión externa del derecho (en especial, instrumentos internacionales de derechos humanos) –característica de la segunda parte del Siglo XX y lo que transcurre del XXI-, tanto en su normativa originaria como en aquella derivada, y la problemática que presenta su abordaje desde la óptica de la jerarquía de las fuentes.

El mismo Capítulo indaga sobre la definición del concepto “Constitución socioeconómica”, previniendo acerca de la utilidad del término –el cual reivindicamos-, adentrándose en experiencias comparadas europeas y latinoamericanas, y caracterizando la hipótesis de definición. Posteriormente, el cuerpo del Capítulo avanza sobre la propuesta y el desarrollo de los elementos que componen dicha hipótesis de definición –incluso el terminológico- apreciando la incorporación del principio de estabilidad presupuestaria en la reforma al texto supremo español en el año 2011 y combinándolo con aquellos que surgen del bloque socioeconómico bajo estudio.

Seguidamente se presenta el abordaje de la matriz ideológica de la Constitución socioeconómica proponiendo dos modelos con, a su vez, dos subvariantes. La confección de diversos cuadros comparativos ayuda a esquematizar las categorías elaboradas. El Capítulo concluye con el rastreo de los orígenes históricos del concepto, identificando cuatro acontecimientos, no sin dejar sentada y argumentada nuestra posición en la materia. Finalmente, señala los presupuestos en los que se enmarca la Constitución socioeconómica, explicitados en fórmulas lógicas.

El Capítulo III de la tesis plantea el sistema de derechos económicos, sociales y culturales de la Constitución socioeconómica desde un enfoque comparado.

En un primer lugar, explicita la metodología comparada aplicada (casos de España y Argentina), recuperando la propuesta metodológica empleada como subdisciplina fuente de la jurídica-aplicada.

En segundo lugar propone el orden expositivo y la propuesta clasificatoria utilizada sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, la parte primera del Capítulo III se dedica a describir el caso español, en cuanto al contenido de la Constitución socioeconómica española y su aproximación preliminar, es decir la dogmática española sobre los derechos económicos, sociales y culturales. Allí transita la identificación de extremos, elementos específicos, características normativas y

jurisprudenciales y alcances tuitivos acerca de los derechos de propiedad privada y libertad de empresa, catalogados para el trabajo como la primera especie. En la segunda especie de derechos se posicionan aquellos del trabajo y de la seguridad social en la Constitución socioeconómica española, y en la tercera especie se enrolan el resto de los derechos sociales y culturales en la Constitución socioeconómica española, es decir la protección constitucional de los consumidores y usuarios y el derecho al ambiente natural y al patrimonio cultural.

En la segunda parte del Capítulo III se encuentra el caso argentino, cuyo análisis se adentra también en el carácter de la Constitución socioeconómica argentina y su aproximación preliminar. Describe y explica la dogmática argentina sobre los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo énfasis en el aporte efectuado por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, *a posteriori* de la reforma de la norma suprema del año 1994.

De la misma forma que el análisis efectuado en el caso español, la sección del estudio del contenido argentino destaca los factores característicos y su alcance normativo y jurisprudencial protector de los derechos identificados en la clasificación propuesta. Así, en la primera especie de los derechos se plasman la propiedad privada y la libertad de emprendimiento económico privado. En la segunda especie, los del trabajo y de la seguridad social en la Constitución socioeconómica argentina, y en la tercera especie el resto de los bienes jurídicos sociales y culturales (derechos de los consumidores y usuarios y del ambiente).

Finalmente el trabajo de tesis expone las conclusiones arribadas en la comparación de las unidades de análisis de los dos casos de estudio, enumeradas en 67 apartados, y enumera los más de 220 pronunciamientos judiciales que han servido de apoyo jurisprudencial.

Capítulo 1

Estado, economía y derecho constitucional.

1. Sociedad, Estado de derecho y economía. Desarrollo histórico y sus interrelaciones.

Se sabe que el concepto “Estado” ha sido definido a partir de distintos presupuestos y considerando algunos de sus elementos caracterizadores. También evaluando sus manifestaciones, recursos y finalidades.

Por otra parte, su relación con la economía y la estructuración de los derechos económicos (y sociales) no ha sido menos compleja.

En esta senda, a la organización estatal se la ha conceptualizado como una creación natural –ius natural-, artificial o voluntaria de las personas –contrato social-. También como una relación de hechos o de dominación, concepto jurídico, unidad de acción, organización o entidad que reclama ciertos atributos, principalmente el monopolio de la coerción en un territorio limitado.

En concreto, no se observa una tesis unívoca para explicar al Estado como institución, y se afirma que difícilmente el término encuentre tal consenso debido a su íntima –y no menos problemática- relación con la sociedad agrupada.

Luego, las nociones de “poder” y “relaciones de autoridad” que necesariamente rodean esa figura participan o influyen en aquella conceptualización que, a la luz de la justicia como valor orientador del derecho, está llamada a restringir los antagonismos ya mencionados por Maurice Duverger: opresión –o conflicto- e integración social¹. De hecho, simultáneamente con el desarrollo y agotamiento de las teorías sistémicas que buscaron explicar la política –y consecuentemente el Estado-, se produjo el surgimiento de las teorías económicas de la política².

Aún así, la interrelación de algunos de estos factores colabora a aproximar algunas definiciones. Por ejemplo, desde la literatura clásica española, Adolfo Posada explicaba que “En efecto, el Estado en el concepto se revela implicando el fin; para determinar su origen, el fin que cumple se ofrece como su justificación, y en cuanto a la determinación de sus elementos

¹ Duverger, Maurice; Sociología política, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, Pág. 35.

² Offe, Klaus; Contradicciones en el Estado de bienestar, Alianza, México, 1988 y Habermas Jürgen; La lógica de las ciencias sociales, Editorial Tecnos, Madrid, 1990 y Conocimiento e interés, Editorial Taurus, Madrid, 1982, por ejemplo. También, en alguna medida y desde otras posiciones: Von Mises, Ludwig; Crítica del intervencionismo, Unión editorial, Madrid 2001 [1929]; Hayek, Friedrich; La fatal arrogancia. Los errores del socialismo, Unión Editorial, Madrid, 1990 y Nozick, Robert; Anarquía, Estado y utopía, Fondo de Cultura Económica, México 1988, entre otros.

componentes, ya se ha visto que es necesario atender a la acción que ejerce el Estado para ver de qué suerte comprende, en su esfera propia, la tierra y el hombre”³.

Desde la doctrina política argentina contemporánea, Oscar Oszlak ahonda el tema articulando la formación del Estado y el proceso de construcción social y enumera un conjunto de atributos o propiedades que definen la “estatalidad” (o condición de “ser Estado”): capacidad de externalizar su poder obteniendo reconocimiento como unidad soberana, capacidad de institucionalizar su autoridad imponiendo la garantía del monopolio de la coerción, capacidad de creación de instituciones públicas con legitimidad para extraer establemente recursos de la sociedad civil con un control centralizados sobre sus actividades (burocracia, presupuesto y centralidad) y capacidad de internalizar una identidad colectiva mediante la emisión de símbolos que refuerzan sentimientos de pertenencia y permiten “el control ideológico como mecanismo de dominación”⁴.

Carlos Fayt, más sintéticamente define al Estado -y lo relaciona con el derecho- como una comunidad políticamente organizada en un ámbito territorial determinado, añadiendo instituciones objetivas que declaran y sostienen el Derecho y aseguran el orden mediante la obligatoriedad condicionada⁵.

Carlos Floria, sintetiza y expresa que el Estado es el poder jurídicamente organizado. Ese poder, “fenómeno misterioso e inasible, fundamental en la existencia y al análisis del fenómeno político” se encarna en la relación de mando y obediencia, tensión de lo público y lo privado, dialéctica entre aliados, adversarios y enemigos⁶.

Se debe señalar que el Estado ha experimentado múltiples transformaciones a lo largo del tiempo. Su historicidad –sin importar cuantías- implica, siguiendo a Germán Bidart Campos, que “las distintas formas con que la estructura política se ha realizado singularmente en el tiempo y en el espacio son expresiones positivas, diferentes y variables, de los valores que en cada situación particular, hacen ingresar los hombres en la comunidad”⁷.

Tales transformaciones diversifican la explicación de esa unidad a la que Max Weber calificó como organización política institucionalizada que reclama para sí –y lo hace con éxito- el monopolio de la coerción en un territorio determinado⁸, definición aceptada mayoritariamente hasta hoy día.

En esta inteligencia, resulta claro que la dimensión “tiempo” transforma, moldea y elastiza las instituciones. Esto justifica la importancia de determinar un punto de partida o comienzo de

³ Posada, Adolfo; Tratado de Derecho Político, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, tomo I, Pág. 9

⁴ Oszlak, Oscar; La formación del Estado argentino, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1985, Pág. 15.

⁵ Fayt, Carlos; Derecho político, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988, Tomo I, Pág. 157.

⁶ Floria, Carlos; Análisis introductorio de la política y el Estado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, Pág. 62.

⁷ Bidart Campos, Germán; La historicidad del hombre, del Derecho y del Estado, Editorial Manes, Buenos Aires, 1965, Pág. 122.

⁸ Weber, Max; Economía y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 1984 [1922].

los Estados para examinarlo en perspectiva temporal. Es decir, ¿desde qué momento histórico es posible referir al término de Estado nación?

La literatura italiana propone respuestas de la mano de Norberto Bobbio. El autor menciona algunos argumentos enfrentados sobre la continuidad y discontinuidad del término en virtud de sus expresiones contemporáneas indagando luego acerca del período de nacimiento de dicha entidad⁹. Aunque frente a esto se ha dicho que la institución Estado siempre ha tenido algún tipo de equivalencia, en todas las épocas¹⁰.

En relación a la dimensión jurídica, el Estado es –o crea– un orden jurídico y por ende se convierte –y legitima, como lo expresó Hans Kelsen– así en un Estado de Derecho¹¹. El mismo autor proponía que “En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas”¹².

Concretamente, “el Estado es una ordenación de la conducta humana” y “puede ser pensado como una autoridad (que se haya por encima de los hombres) solo en tanto que sea un orden u ordenación que obliga a los hombres a un comportamiento determinado; sólo en tanto que sea un sistema de normas reguladoras de la conducta humana”¹³.

Nuevamente Norberto Bobbio formula una observación al monopolio del Derecho por parte del Estado y sus consecuencias, ya que ello “no es sino un episodio histórico de aplastamiento por parte de la sociedad política territorial (nacional) de las otras infinitas sociedades, sean funcionales (como las sociedades profesionales, con fines económicos, religiosos, etc.), sean suprafuncionales (como la sociedad internacional); o mejor, es el proceso a través del cual se ha realizado gradualmente en la época moderna la subordinación de la religión, de la economía, de la cultura, a la política (subordinación que encuentra su punto límite en el Estado totalitario que representa, por expresarlo con una fórmula, la reducción radical de la vida humana a política)”¹⁴.

⁹ Bobbio, Norberto; Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, Pág. 89 a 99.

¹⁰ Linares Quintana, Segundo; Derecho Constitucional e instituciones políticas, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, Tomo I, Pág. 65.

¹¹ Kelsen, Hans; Teoría pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987 [1934], Pág. 188.

¹² Kelsen, Hans; Ob. Cit., Pág. 190.

¹³ Kelsen, Hans; Compendio esquemático de una teoría general del Estado, Nuñez y comp. S en C, Barcelona, 1926, Págs. 27 y 29.

¹⁴ Bobbio, Norberto; El tiempo de los derechos, Editorial Sistema, Madrid, 1991, Pág. 30.

Gustavo Gozzi, en la línea del autor citado, de Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, sistematiza la estructura del Estado de Derecho a partir de, a su vez, cuatro subestructuras del sistema jurídico¹⁵:

- a) una estructura formal, o la garantía de los derechos fundamentales de la ley aplicada por jueces independientes.
- b) una estructura material del sistema jurídico, o el derecho de propiedad privada y la libre competencia en el mercado.
- c) una estructura social, o la cuestión social y los derechos de la clase trabajadora.
- d) una estructura política, o la separación y distribución del poder.

Para esa posición, el Estado de Derecho implicaría entonces -y principalmente- la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal, y dentro de ello el manejo de la intervención en las actividades económicas. Y a partir de su consolidación, la ley -como expresión de la voluntad popular-, será el instrumento de gobierno por excelencia que redefinen las instituciones públicas avanzando sostenidamente sobre los límites del absolutismo, principalmente encarnados en las monarquías europeas¹⁶.

El principio *rule of law and not of men* consagraría así el límite al poder del soberano sustituido por el mandato de la ley en un esquema abierto, ya que siempre sería susceptible de modificación por las coyunturales mayorías parlamentarias.

La relación entre Estado y derecho también la recoge Hermann Heller quien afirma que la relación entre los conceptos no consiste en una unidad indiferenciada ni en una irreductible oposición. Por el contrario, esa relación debe ser estimada como una relación dialéctica, es decir como relación necesaria de las esferas separadas y admisión de cada polo en su opuesto¹⁷.

En fin, la vinculación entre la **sociedad civil, el Estado y la economía** repercuten en el despliegue de los factores de poder. Y es en esas circunstancias en donde el derecho participa, como se explicará más adelante, a los fines garantizar el valor que persigue: la justicia.

¹⁵ Gozzi, Gustavo; voz: “Estado contemporáneo”, en Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco; Diccionario de política, Siglo XXI, Madrid, 1998, Págs. 541 y 542.

¹⁶ Ampliar en: Orlandi, Hipólito (compilador); Las instituciones políticas de gobierno, Eudeba, Buenos Aires, 1998, volumen 1, Págs. 61 a 88.

¹⁷ Heller, Hermann; Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, Pág. 209.

2. Las transformaciones jurídicas del Estado y su vinculación con las relaciones económicas.

a. Del absolutismo al Estado legislativo de derecho. El poder del Estado por sobre la economía.

En el período histórico dominado por el absolutismo, el poder público organizado en unidades nacionales era caracterizado como soberano, y justamente absoluto

Reflexionar sobre la soberanía implica indagar necesariamente acerca del concepto de poder. Es una cualidad del poder. Y debe tener, para ser soberano, la característica de ser supremo, máximo, irresistible, sin que pueda reconocer otro poder igual o superior.

A los efectos expositivos resulta útil efectuar una comparación: entre dos o más poderes con pretensiones o vocaciones concurrentes y que confrontan en un mismo territorio o sobre cierto grupo de personas ¿cuál es el que finalmente prevalece?

La superioridad de un poder por sobre el resto da cuenta de la noción de soberanía del Estado por sobre otros poderes.

Será segunda parte de la Edad media (Baja Edad media – Siglos XI a XV), con su pluralismo de poderes, donde se dará la base para el desarrollo del futuro concepto de soberanía.

Al menos en occidente, el poder de la iglesia (ideológico-religioso) y el surgimiento y crecimiento de la burguesía (poder económico) fueron factores que disputaron el monopolio del poder del soberano o señor feudal, según el caso. Ellos fueron acompañados por un dinamismo económico y tecnológico (el comercio de larga distancia y el desarrollo de las herramientas productivas), la creación de universidades¹⁸, y la expansión geográfica en razón del conocimiento cartular.

Así, “las largas disputas entre el poder político del Estado y el poder religioso del Papa acusan la rivalidad entre reyes y emperadores frente al Pontífice: cada parte reivindica y defiende ante la otra las competencias que cree le son propias”¹⁹. Se observa una rivalidad, ofensiva o defensiva para desligarse, mutuamente, de toda subordinación.

De las pugnas entre los diferentes poderes de la estructura política medieval –la Iglesia²⁰, las entidades imperiales, los reyes, los señores feudales-, surgió el Estado moderno y la idea de soberanía interna y externa²¹. Los tratados de paz de Osnabrück y Münster del año 1648 (*Paz de*

¹⁸ Las universidades de Bologna (1088), Oxford (1096), Cambridge (1209), París – La Sorbona (1275), Salamanca (1218), Padua (1222), Nápoles (1224), Coimbra (1308) y Alcalá de Henares (1293, refundada en 1499, actualmente Complutense de Madrid) suelen ser consideradas las primeras de la era cristiana.

¹⁹ Bidart Campos, Germán; *Lecciones elementales de política*, Editorial Grijley, Lima, 2002, Pág. 234.

²⁰ Los Estados Pontificios o *Stati della Chiesa* fueron un conjunto de territorios sometidos a la autoridad de la Iglesia Católica Romana que se mantuvieron, con variantes, hasta la unificación de Italia.

²¹ Linares Quintana, Segundo; *Derecho constitucional e instituciones políticas*; Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, Tomo I, Pág. 122.

Westfalia) dieron lugar a un nuevo orden basado en la integridad territorial y la soberanía de los Estados (por sobre la cosmovisión feudal).

Así, con la formación de los Estados centralizados -o Estados nación-, los poderes dispersos quedaron unificados bajo su preeminencia, caracterizando así su nueva cualidad: La soberanía del Estado.

De esta manera, el poder soberano de los Estados se encuentra por encima de los otros poderes coyunturales y no reconocen a otro factor por encima de sí. Se debe observar que en el *Ancien Regime* la idea de Estado estaba inescindiblemente ligado al gobernante o soberano (en el sentido de la persona que ejerce el poder supremo).

La soberanía es definida así, y por algunos autores, desde su faz negativa: el poder estatal (ya que sin Estado, no es posible referir a su poder soberano) y su no-dependencia de ningún otro poder.

Se debe destacar que esta afirmación aplica tanto en los Estados absolutos como en los de derecho, aunque resguardan las diferencias que en capítulos posteriores serán expuestas. Que el poder -el actuar del Estado- se encuentre limitado o acotado legal o constitucionalmente no afecta al concepto de soberanía.

Esto es así ya que el poder estatal continúa, en las concepciones negativas, no-reconociendo otro que lo supere, sin perjuicio de los mayores o menores límites o marcos legales/constitucionales que aquél encuentre.

Germán Bidart Campos clarifica la cuestión afirmando “Tenemos pues, un Estado con un poder que no admite a otro poder por encima de él, ni siquiera en concurrencia o paralelismo con él. No tiene dependencia ni sujeción. Está supra-ordenado respecto de los demás poderes en lo interno, es el poder más alto en un ámbito de competencias y en un espacio territorial. En lo externo, ese poder tampoco se somete al poder de otros Estado: es igual al de ellos. A ese poder le asignamos la cualidad de soberanía, porque la organización político-jurídica de tal Estado afirma su validez positiva por sí misma, y no deriva esa validez de otro orden positivo que esté por encima de él”²².

Ahora bien, referir a la soberanía del Estado no excluye atender a la concurrencia –a nivel mundial- de tantos poderes soberanos como unidades existan, cada uno en su competencia y espacio territorial. Justamente, el nacimiento de las relaciones internacionales será una forma de poner fin a las disputas de poder entre las naciones.

Julio Barboza, por ejemplo, incorpora aquí la concepción de la igualdad jurídica de los Estados nación y el equilibrio de poder, este último expresado por ejemplo en el Tratado de Utrecht de 1713²³.

²² Bidart Campos, Germán; *Lecciones elementales de política*, Ob. Cit, Pág. 240.

²³ Barboza, Julio; *Derecho internacional público*, Editorial Zavallia, Buenos Aires, 1991, Pág. 25.

Ya en 1915 Adolfo Posada afirmaba que la soberanía del Estado no excluye la soberanía de otras entidades similares por cuanto “...las soberanías pueden actuar juntas, concurrentemente, entrecruzándose, sin dominarse; a mi juicio, puede esto sostenerse, no sólo como idea, sino como conclusión interpretativa del proceso real de los Estados, y como aspiración íntima de las reivindicaciones nacionales, regionales, locales y hasta individuales, todas las cuales persiguen un régimen jurídico de compatibilidad de soberanías; es quizá ésta la indicación más característica y fecunda para la generación de un nuevo derecho político”²⁴.

Entender la decisión de dos o más Estados soberanos que pretenden integrarse sin perder esa cualidad del poder estatal puede parecer, *a priori*, contradictorio, o al menos conflictivo. En esto radica justamente uno de los debates actuales sobre la soberanía y los procesos de integración regional.

Desde el plano de las ideas políticas, Nicolás Maquiavelo alegaba en 1513, asociando íntimamente los conceptos soberanía-soberano que “Los Estados que se gobiernan mediante un príncipe y sus servidores ven en aquél una mayor autoridad; porque en toda la provincia nadie exista que sea superior a él; y si obedecen en algún momento a otra persona, lo hacen por ser su ministro u oficial y no le guardan particular estima”²⁵.

El autor florentino, junto a Juan Bodino²⁶ y Thomas Hobbes²⁷ ofrecieron las bases teóricas del absolutismo político. No sólo el soberano absoluto de Hobbes –en este caso personalizada en un titular-, sino también el Parlamento, dotado de un poder despótico, en la visión de William Blackstone, y finalmente el poder inalienable del pueblo en Juan Jacobo Rousseau, conducen a un similar orden de pensamientos.

John Locke introdujo las prerrogativas de la propiedad aunque desde la visión del derecho natural (*iusnaturalismo*), rígido, ahistórico, distinto al “Estado civil”²⁸

Para Jacobo Rousseau la soberanía es el ejercicio de la voluntad general, inalienable, inajenable e indivisible. Entendía que “el Soberano, que no es sino un mero ser colectivo, solo puede ser representado por el mismo”. El poder soberano encuentra límites ya que “...el Soberano por su parte no puede imponer á los subditos ningun yugo inútil á la comunidad, ni puede tampoco quererlo hacer, porque baxo la ley de la razon, como baxo la de naturaleza, nada se hace sin causa” (sic)²⁹.

²⁴ Posada, Adolfo; Tratado de Derecho Político, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894, Tomo 1, Vol. II, Pág. 86.

²⁵ Maquiavelo, Nicolás; El príncipe, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1984 [1532], Pág. 52.

²⁶ Bodino, Juan; Seis libros sobre la república, Editorial Tecnos, Madrid, 1986 [1576].

²⁷ Hobbes, Thomas; Leviatán, Editorial Alianza, México, 2006 [1651].

²⁸ Locke, John; Ensayo sobre el Gobierno Civil, Editorial Gradifco, Buenos Aires, 2005 [1690] y Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Editorial Altaya, Buenos Aires 1994 [1690].

²⁹ Rousseau, Juan Jacobo; Del contrato social, Editorial La Ley; Buenos Aires, 2003 [1762], Págs. 21 y 23. Ver también del mismo autor: El origen de la desigualdad entre los hombres, Ediciones Libertador, Buenos Aires 2006 [1755].

Tiempo más tarde, el desarrollo del derecho internacional público obligó a repensar ciertos atributos estatales.

Así, en la línea de Hans Kelsen, el Estado es un orden jurídico que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen.

De esa forma, “En tanto que no haya orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana. Su validez territorial y material es, sin duda, limitada, puesto que no se extiende sino a un territorio determinado y a ciertas relaciones humanas, pero no hay un orden superior a él que le impida extender su validez a otros territorios o a otras relaciones humanas”.

Sin embargo, y en relación al derecho internacional el autor expresa que “A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos internacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano”.

Por lo tanto la superioridad interna es solamente relativa y subordinada al derecho internacional. Ya en el año 1934 el autor afirmaba que el derecho internacional constituía una comunidad jurídica supraestatal que no se encontraba suficientemente centralizada para poder ser considerada un Estado.³⁰

Pero en lo referido a la dimensión interna de los Estados, la demanda de garantías jurídicas por parte de sectores de la sociedad civil determinó el establecimiento de un conjunto de reglas jurídicas que transformaron el poder absoluto en un poder reglado.

Naturalmente una de las primeras reivindicaciones refirió al resguardo de valores económicos, en concreto a la tutela de la propiedad privada, en razón de la participación política de la burguesía en la imposición de tributos y sus consecuentes garantías impositivas. *No taxation without representation* (o prohibición de imposición tributaria sin la correspondiente representación política) ha sido una garantía otorgada embrionariamente a los nobles en Inglaterra de 1215 (Carta Magna) y posteriormente recogida en la Declaración de Derechos de 1689 (*Bill of Rights*) en resguardo justamente de la propiedad privada.

Estas garantías junto al resto que fueron siendo reconocidas y plasmadas en normas – diferentes de las reglas naturales, morales o incluso religiosas- fundamentan la legitimidad estatal, y poseen la obligatoriedad, a decir de Georg Jellinek como nota necesaria y característica del derecho³¹.

Cierra así el vínculo entre poder, derecho y Estado, asociándolos –como lo hace Maurice Duverger- ya que el primero influencia al segundo por cuanto lo instrumenta (lo organiza, la

³⁰ Kelsen, Hans; Teoría pura del Derecho, Ob. Cit., Págs. 190 y 191.

³¹ Jellinek, Georg; Teoría general del Estado, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954 [1905] Pág. 430.

institucionaliza y lo expresa) y a su vez lo limita (principios estables frente a la arbitrariedad)³². Y en este sentido, Santi Romano, incluso desde sus posiciones, afirma que “se puede llegar perfectamente al concepto de derecho sin recurrir al de Estado. No es posible, por el contrario, definir el Estado sin recurrir al concepto de derecho”³³.

De esta manera, la tenencia y apropiación de valores económicos (bienes patrimoniales) comenzaron a buscar resguardo jurídico frente a la soberanía del poder del Estado, y van a encontrar en la norma jurídica su consagración y garantía de intangibilidad.

b. El surgimiento del derecho y la garantía de la norma en relación a los intercambios económicos. El imperio de la ley y la interdicción de la arbitrariedad.

Como hemos dicho, la consolidación del Estado de derecho –o Estado liberal de derecho– implica fundamentalmente la interdicción de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal a partir del principio de reserva de ley.

En él, la ley –como expresión de la voluntad popular–, se emplea como el instrumento de gobierno por excelencia que redefine las instituciones públicas avanzando sostenidamente sobre el absolutismo, principalmente encarnados en las monarquías europeas³⁴, imponiéndole límites.

Allí, el *rule of law and not of men* consagraría el límite al poder del soberano sustituido por el mandato de la ley. Esto configura un esquema de gobierno abierto, ya que siempre sería susceptible de modificación por las coyunturales mayorías parlamentarias o administraciones públicas.

Pero proyectado en la dimensión tiempo, esa fuente de derecho –entendida como un sistema de leyes– emanada por los órganos deliberantes (por excelencia, el Parlamento o Congreso) es susceptible de mecanizar o evidenciar modificaciones, transformaciones e incluso contradicciones intrínsecas.

Para dar respuesta a estas eventuales problemáticas que puede sobrellevar esta norma –ficción jurídica de alcance general y de carácter obligatorio– respecto a sus pares, el sistema prevé reglas o principios de validez y aplicabilidad.

El primero de los principios y en referencia a la dimensión temporal es el principio *lex posterior derogat lex priori*, o conflicto de criterio cronológico temporal.

³² Duverger, Maurice; Instituciones políticas y derecho constitucional, Editorial Ariel, Barcelona, 1963, Pág. 43 a 45.

³³ Romano, Santi; El ordenamiento jurídico, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1963, Pág. 233.

³⁴ Ampliar en: Orlandi, Hipólito (compilador); Las instituciones políticas de gobierno, Eudeba, Buenos Aires, 1998, volumen 1, Págs. 61 a 88.

En él, el legislador, autoridad democrática por excelencia, se erige como la principal autoridad generadora del derecho³⁵ y la única autorizada para modificarlo hacia futuro.

El criterio de validez cronológico-horizontal de la norma jurídica para resolver antinomias normativas o interpretatorias dispone que, considerando el paralelismo de las competencias y las formas, la norma posteriormente sancionada deroga a su par anterior. Ergo, esta última es excluida –abrogada, derogada o modificada- del sistema normativo.

El segundo de los principios es *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, o conflicto de criterio de especialidad.

Aquí, las mismas antinomias normativas o interpretatorias reconocen una variante en razón de la especialidad que excepciona el principio arriba desarrollado.

La ley especial –específica sobre la cuestión fáctica a la que está llamada a regir- prevalece por sobre aquella general. Y aquella no es derogada, independientemente de haber podido ser emanada con anterioridad a esta última.

En ese esquema, y más allá de las reglas y criterios interpretativos, toda norma jurídica –ley- es susceptible de ser modificada por otra posterior emanada por el mismo órgano legislativo (paralelismo de las competencias) ya que en principio, ninguna puede enfrentar a la voluntad popular. En esa soberanía del pueblo se apoya, para quienes así lo sostienen, el criterio democrático más estricto garantizando decisiones justas.

Sin embargo, la dinámica del Estado legislativo de derecho ha dado muestras de despotismo colegiado. Bertrand de Jouvenel lo destaca con aguda perspicacia “En el Siglo XIX es cierto en general que la separación, necesariamente provisional, entre el ejecutivo y el legislativo, y sobre todo las concepciones individualistas reinantes por doquier, preservaban contra las posibles consecuencias de una concepción monstruosa del poder legislativo. Lo cierto es que las declaraciones de derechos han representado el papel de un derecho colocado por encima de la ley”.

Por eso, el autor entiende que “para asegurar de manera efectiva la supremacía del derecho, lo primero que hay que hacer es formular expresamente las reglas supremas, instituir luego una autoridad concreta y confrontar las leyes con el derecho, rechazando las que no encajen en él”. Citando el caso Marshall de 1803, explica que mediante el sistema de constitucionalidad, los americanos han encontrado el baluarte de su libertad o el dique contra las intromisiones del Poder. Prosigue afirmando que “ella (la Constitución) ha sido la que ha impedido que las

³⁵ En esto radica uno de los principales –escondidos y desagradables, en palabras de Ronald Dworkin- problemas del Derecho Constitucional: el control de constitucionalidad por parte de los jueces. Dworkin, Ronald; Liberalismo, Constitución y Democracia, Editorial La isla de la Luna, Buenos Aires, 2003, Pág. 43.

pasiones, a cuyo juego la constitución democrática entregaba el poder legislativo, usaran este poder contra tal o cual categoría de ciudadanos”³⁶.

Pero no en todas las latitudes el avance hacia un Estado constitucional ha sido pacífico o menos traumático.

Eduardo García de Enterría, explica que la idea de supremacía constitucional sobre las leyes fue arrumbada en Francia por la potenciación del principio “voluntad general” en el legislador (lo que se ha llamado el jacobinismo), de modo que hasta 1958 –o mejor dicho 1971, conforme a la jurisprudencia del *Conceil Constitutionnel*- no llegó a admitirse el control de constitucionalidad de las leyes, que encontró en Estados Unidos un cauce normal desde el origen³⁷.

Independientemente de los tiempos tomados por cada proceso constitucional histórico, se debe afirmar que el Estado constitucional es, primeramente, un Estado de derecho. En este último el mandato de la norma impera por sobre la voluntad o el poder de los gobernantes diferenciándolo de las múltiples variantes absolutistas.

Particularmente su carácter constitucional determina que el ejercicio del poder se encuentra ordenado por una norma jurídica que se ubica alejada de las mayorías políticas circunstanciales de los poderes constituidos, de los cuales emanan el resto de las normas que componen dicho ordenamiento.

En el plano del derecho, ese ordenamiento supremo se encuentra conformado originariamente y generalmente plasmado en una norma jurídica denominada Constitución.

Es decir, su validez positiva no deriva de ningún otro ordenamiento anterior, aunque en las posturas neoconstitucionalistas éticas o ideológicas pueda (o deba) estar conectado de alguna manera por el paradigma ético o moral (o relación entre el derecho que “es” y el que “debería ser”)³⁸.

Por todo esto la organización del Estado y del gobierno es, en la conceptualización de Germán Bidart Campos un derecho constitucional del poder³⁹.

³⁶ De Jouvenel, Bertrand, Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento, Unión editorial, Madrid, 1998 [1945], Págs. 402, 407 y 407. Lo consignado entre paréntesis es agregado.

³⁷ García de Enterría, Eduardo; La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa, Editorial Thomson Reuters, Madrid, 2001, Pág. 94.

³⁸ Ver, por ejemplo, la distinción de variantes del neoconstitucionalismo (teórico, ideológico y metodológico) que realiza Paolo Comanducci en “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico” en: Carbonell, Miguel (editor); Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid, 2003 y Revista Insonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, nº 16, abril 2002, México, 2002.

³⁹ Bidart Campos, Germán; Ob. Cit., tomo II, Pág. 8. Ver también, del mismo autor El derecho constitucional del poder, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1967.

c. La consagración de una norma suprema dentro del sistema jurídico: El Estado constitucional de derecho.

El establecimiento de una norma fundamental –denominada Constitución– alejada de las mayorías circunstanciales de los poderes constituidos (generalmente legislativos) afectó la posición de la ley ordinaria dentro del sistema jerárquico normativo.

Concisamente, Gustavo Zagreblesky afirma que en el Estado constitucional de derecho la ley queda sometida a una relación de adecuación “y por lo tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”⁴⁰.

Conforme a las diferentes experiencias, los procesos de consolidación de los Estados nación proyectaron una nueva cosmovisión jurídica. Ello en relación a la consagración jerárquica de una norma a la categoría suprema dotándola de mayor rigidez que el procedimiento de sanción o modificación de la ley ordinaria.

Este fenómeno ha sido denominado constitucionalismo.

En la construcción de estas tipologías es posible identificar y clasificar ciertas experiencias comparadas que ponen de relieve el cambio de paradigma sistémico señalado.

i) Constitucionalismo evolutivo o mutación constitucional.

En algunos casos, el monarca -soberano absoluto– ha “otorgado” o “concedido” derechos fundamentales a los ciudadanos creando a partir de ello un constitucionalismo de tipo evolutivo o mutación constitucional (por ejemplo, Inglaterra y su Carta Magna de 1215 y luego *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus* de 1679, *Bill of Rights* de 1689, *Triennial Act* de 1694, *Act of Settlement*, de 1701, entre otros).

El Parlamento como institución de gobierno cumplió aquí un papel fundamental transformando el sistema de poder imperante en un modelo con sujeción a pautas o garantías de estabilidad jurídica, a veces establecidas de forma escrita, otras de manera consuetudinaria (reglas, principios, convenciones, precedentes y supuestos⁴¹).

Georg Jellinek expuso en su tiempo que “si en Inglaterra la transferencia de poder del Parlamento al Gabinete se produjo con tanta amplitud será imposible formalmente tanto en el

⁴⁰ Zagreblesky, Gustavo; El Derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 34.

⁴¹ Como lo caracteriza Adolfo Posada, “la Constitución inglesa es la imagen viva del equilibrio político inestable; domina en ella la concepción orgánica, al revés de lo que pasa en las del continente, en las cuales domina la concepción u obsesión mecánica”. Sin embargo, el autor parece identificar un claro punto de partida del constitucionalismo inglés –lo cual cuestionaría la caracterización que señalamos– establecido en el *Reform act* o *The Great Reform Act*, o Bill de Reforma Electoral, del año 1832. Posada, Adolfo; Tratado de Derecho Político, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894, Tomo II, Pág. 169.

futuro, al igual que lo fue en el pasado, cambiar el orden jurídico del reino sin contar con el Parlamento”⁴².

Si bien suelen identificarse algunos eventos revolucionarios -pseudos constitutivos- (en especial 1688, “*The Glorious Revolution*”) a la luz de su consolidación, el constitucionalismo inglés fue –en el tiempo- mutando con anterioridad y evolucionando con posterioridad a esos sucesos⁴³.

ii) Constitucionalismo revolucionario y constitucionalismo originario.

En otras experiencias, el proceso constitucional ha “conquistado” el imperio de una norma fundamental declarativa de derechos, generalmente mediante sucesos revolucionarios.

A su vez, éste ha podido darse, o bien *a posteriori* de la creación del propio Estado nación – y catalogando el fenómeno como constitucionalismo revolucionario (caso, Francia, 1791)-. O, en cambio, mediante un esquema constructor y constituyente del propio Estado nación, pudiendo ser denominado como constitucionalismo originario, y por ende contemporáneo a la conformación de esa organización –casos de Estados Unidos de América, 1787 y las experiencias latinoamericanas⁴⁴⁻⁴⁵.

En los primeros, por ejemplo, las antiguas monarquías parlamentarias se transformaron en repúblicas –aunque algunas mantuvieron o recuperaron su régimen monárquico-constitucionales a partir de la sanción de textos o cartas fundamentales que debían prevalecer sobre la normativa emanada de los órganos constituidos.

El ejemplo clarificador es el de la Constitución francesa del año 1791. En su prefacio, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispuso en su artículo 16 que “*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”.

Esto también se observa –mucho más adelante en el tiempo- en las constituciones de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, o más comúnmente llamada Ley

⁴² Jellinek, Georg; Reforma y mutación de la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991 [1906], Pág. 84.

⁴³ Ver, por ejemplo, Varela Suanzes, Joaquín; “El constitucionalismo británico entre dos revoluciones: 1688-1789”, en: Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, nº 2, Servicio de publicaciones del Gobierno del Principado de Asturias y Universidad de Oviedo, Oviedo, 2000, Págs. 25 a 96.

⁴⁴ Empero, el caso del Estado argentino presenta una transición compleja y no menos tumultosa desde el momento en el que generalmente suele señalárselo como fundacional (año 1810) hasta aquel constituyente del Estado constitucional argentino (1853-1860), sin perjuicio de los documentos normativos y declarativos que forman parte de los “pactos preexistentes” o simplemente de la historia constitucional del país.

⁴⁵ De Cabo Martín, Carlos; Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional, Editorial PPU, Barcelona, 1993, Pág. 221.

Fundamental de Bonn, de 1949), Italia (*Costituzione della Repubblica Italiana*, de 1947) y España (Constitución española, o del Reino de España, de 1978). Desde la doctrina y respectivamente, Robert Alexy⁴⁶, Luigi Ferrajoli⁴⁷ y Luis Prieto Sanchís⁴⁸, entre otros, abonan y fundamentan este cambio paradigmático hacia el Estado constitucional acuñando y desarrollando argumentaciones basadas en el garantismo constitucional y el neoconstitucionalismo.

Amén de las variantes apuntadas, las constituciones crearon en todos los casos una “oportunidad de cifrar (la) unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio”⁴⁹.

En este modelo de Estado constitucional, la ley queda sometida a una relación de adecuación y por lo tanto de subordinación a las constituciones nacionales.

Estas cartas garantizan la vigencia de determinados derechos fundamentales por sobre la voluntad de los gobernantes o las administraciones públicas, aún apoyadas en la legitimidad que les otorga a los cuerpos legislativos. También la limitación del poder público en función de su división.

Pero su rasgo más sobresaliente es la existencia de un procedimiento de control de constitucionalidad amplio de las normas jurídicas de alcance particular y general.

De esta manera, los jueces constitucionales han adquirido, para esta escuela, un poder político en virtud de la “ponderación” o del “razonamiento valorativo” mediante sus decisiones judiciales a *contrario sensu* de la tesis de la simple subsunción o aplicación automática de la ley que aboga el constitucionalismo clásico.

Así, con mayores o menores inestabilidades los Estados nacionales sancionaron constituciones rígidas, en cuanto a su posibilidad de reforma, en sus planos nacionales. Ellas consagraron normas fundamentales, jerárquicamente supremas y reguladoras de los derechos y el poder y la administración pública, acotando el margen de discrecionalidad de los gobernantes elegidos democráticamente.

Como opina Francisco Tomás y Valiente, en un sistema constitucional “El Estado, pues no se justifica por sí mismo ni por su pura construcción formal, sino como artificio creado por los

⁴⁶ Alexy, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. Del mismo autor, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.

⁴⁷ Ferrajoli, Luigi; “Derechos fundamentales” y “El fundamento de los derechos fundamentales”, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores); *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, Págs. 19-56 y 287-382 respectivamente.

⁴⁸ Prieto Sanchís, Luis; *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987; *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1987

⁴⁹ Zagrebelsky, Gustavo; *El Derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, Pág. 40. Lo consignado entre paréntesis es agregado.

hombres en un *pactum societatis* cuyo contenido cambia con el tiempo, con las formas de la sociedad y con las demandas de los pueblos”⁵⁰.

3. El sometimiento de la actividad económica al derecho constitucional. Remisión.

Un último aspecto que resulta atinado adelantar en esta sección del trabajo de tesis está relacionado con la sujeción de las actividades económicas a la norma constitucional.

Como será expuesto y argumentado con posterioridad, toda Constitución proyecta y determina un orden socioeconómico e irradia sus contenidos sustanciales tanto en sus relaciones horizontales como verticales respecto a los actos jurídicos (de alcance individual) y su normativa inferior (normas de alcance general).

Así, la Constitución nacional tendrá, respecto a la economía, las siguientes características: a) suprema y rígida; b) ordenatoria de la economía; c) limitadora de la actuación de los poderes públicos; y c) contenido interrelacionado.

Ninguna de las actividades y funciones de índole económicos pueden quedar al margen de su adecuación, si se pretende garantizar la supremacía de la Constitución por el resto de las normas y conductas.

El desarrollo de estos extremos como así también del resto de sus justificaciones será expuesto en capítulos siguientes y allí nos remitimos.

⁵⁰ Tomás y Valiente, Francisco; Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 145

Capítulo 2

La Constitución socioeconómica. Su relación con los factores de poder, la Constitución política, contenidos, orígenes y presupuestos.

1. Constitución y factores de poder: formalidad y materialidad de la norma.

En el capítulo anterior ha sido analizado preliminarmente la relación entre el Estado, derecho y el poder, este último haciendo énfasis en el poder económico.

Hemos concluido que a partir del proceso de transformación o mutación de los Estados de derecho a los Estados constitucional de derecho, la norma suprema (Constitución) se encuentra posicionada jerárquicamente por sobre el resto de las normas que componen el sistema normativo y determinan la constitucionalidad de las conductas individuales y reglas generales.

Ahora bien, a los efectos de exponer ordenadamente la relación con la economía debemos preguntarnos ¿qué es una Constitución?; y de forma vinculada, ¿cuáles son sus relaciones con la política y con la economía?

Sobre el primer interrogante, debemos decir que existen tantas definiciones del concepto como autores aborden la materia. La historicidad de su concepción ha permitido mutar sus elementos y contenidos modelando la dimensión de la protección de los individuos y el alcance del poder del Estado.

Sin embargo, el estudio del concepto resulta imprescindible para abordar el análisis jurídico-constitucional de todo sistema socioeconómico –más aún en términos comparados-, especialmente en las sociedades contemporáneas caracterizadas por sus economías de mercado.

Por otra parte, los factores de poder rodean y modelan la efectiva y real vigencia de la Constitución, entendida como norma jurídica, observando tensiones que repercuten en el plano sociológico y axiológico.

Adentrémonos preliminarmente en la diferenciación hecha por Ferdinand Lasalle sobre este objeto de estudio: la Constitución real (la cual incluye los factores reales de poder) y la Constitución escrita (o como la denomina, hoja de papel). Sobre esto, el autor afirmaba que “De nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder”⁵¹.

Si bien el autor no ha sido el primero en observar la diferencia entre la norma jurídica en los sentidos formal y material, resulta un punto de partida clarificador a los efectos de la reflexión de los factores de poder que enmarcan la norma formal: **la política y la economía**. Así, proponía encarar el término desde una concepción descriptiva de la realidad de las fuerzas de

⁵¹ Lasalle Ferdinand; ¿Qué es una Constitución?, Editorial Cenit, Madrid, 1931 [primera conferencia del mes de abril de 1862], Pág. 87.

poder, postura que más adelante en el tiempo y realzando y extremando su preponderancia ha sido representada por el realismo jurídico y la eficacia normativa⁵².

De conformidad con esa premisa diferenciadora, resulta necesario entonces enfocar el estudio que se pretende desde una óptica interdisciplinaria que recoja e integre aquellos factores enunciados y que en el primer capítulo del trabajo han sido enunciados.

Constitución y poder son las caras complementarias de la organización de un orden: el orden político, en el que si el “ser” o el “deber ser”⁵³ de un texto supremo coinciden, reflejarían la realidad jurídico-política de un Estado. Las tensiones entre el texto escrito y la Constitución real o sustancial perduran aún hasta la actualidad.

Desde la literatura constitucional argentina contemporánea, Germán Bidart Campos enseña que “cualquiera que desea conocer cómo es el régimen político de un estado, no se conforma con leer su constitución escrita o formal (si es que la tiene). Ambiciona saber si esa constitución funciona, se aplica, se cumple; o si, al contrario, está deformada en la práctica, o es sistemáticamente violada en todo o en parte; se preocupa por indagar qué otros contenidos constitucionales han ingresado a la dimensión sociológica a través de diferentes fuentes: la costumbre, el derecho internacional, la legislación, la jurisprudencia.

En una palabra, tiene la certeza de que el *texto* de la constitución sólo le arrimará *normas escritas*, pero sin darle el dato acerca de su *vigencia sociológica*, de su aplicación. Esto tendrá que buscarlo en la dimensión sociológica”⁵⁴.

La referencia a la Constitución escrita, cuando la hay, es importante, para tener noticia de si el régimen político se ajusta o no a ella; es decir, si la constitución material le proporciona vigencia sociológica, o discrepa con sus normas.

Incluso en un Estado donde el texto escrito rige con exactitud, tampoco se debe agotar el estudio allí debido a que resta evaluar el cumplimiento del resto del ordenamiento.

¿Hay otros contenidos en la Constitución material, que exceden a la formal, y que provienen de fuentes distintas? “Los hay, y de nuevo hay que hallarlos en la *dimensión sociológica*. Por fin, todo el material que el investigador encuentra en la dimensión sociológica y en la normativa

⁵² Para recepciones posteriores del realismo jurídico norteamericano, por ejemplo, Holmes, Oliver Wendell Jr. *The common law*, Little Brown, Boston, 1923. Ver: Arjona Sebastià, César; *Los votos discrepantes del juez O.W.Holmes*, Iustel, Madrid, 2006. Desde los países escandinavos, Hägerström, Axel; *Philosophy and religion*, George Allen and Unwin, Londres 1965 [1928]; Olivecrona, Karl; *El Derecho como hecho*; Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, 1959 [1939] y *El imperativo de la ley*, Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, 1959 [1942]; Ross, Alf; *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1980 [1953].

⁵³ Ver; Hume, David; *Tratado de la naturaleza humana: Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, Editorial Cervantes y Universidad de Alicante, Alicante, 2007 [1739 y 1740], Págs. 383 y siguientes, especialmente Pág. 385. También, Kelsen, Hans; *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980 [1934], Pág. 71 y siguientes

⁵⁴ Bidart Campos, Germán; *Manual de la Constitución reformada*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997, tomo I, Pág. 12.

suele normalmente ser colocado por él bajo *estimativa* o *valoración*, para enunciar su justicia o su injusticia, para relacionarlo con los valores jurídicos, para emitir un *juicio de valor*”⁵⁵.

La Constitución material –y por ende, como más adelante será desarrollado, la Constitución económica material- se relaciona íntimamente con los factores de poder (el poder económico, por excelencia) coyunturales⁵⁶. Es una característica que con particularidad pertenece al derecho constitucional y a sus instituciones⁵⁷, y que se observa en forma palmaria en la Constitución económica, noción que más adelante será expuesta.

Justamente y retornando a Ferdinand Lasalle, afirmaba también que “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho sino de poder; la verdadera Constitución sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social”⁵⁸. O en el pensamiento positivo de Hans Kelsen, los problemas de la teoría del Estado son problemas en torno a la validez y a la producción del orden jurídico⁵⁹.

Ahora bien, dentro del constitucionalismo clásico existe gran consenso en destacar la intrínseca interrelación entre el derecho y el poder político.

El derecho y la política –en la idea de poder político- son elementos inseparables de la vida social que mantienen una relación dialéctica de fuerzas centrípetas -de atracción y apoyo mutuo-, y a la vez centrífugas –de oposición y tensión- entre sí.

Desde la literatura española, Manuel Jiménez de Parga alude al poder como centro de intereses. Entiende que “el poder básico de una comunidad, el que puede situarse en el centro de lo político, debe ser entendido como la suma de relaciones. No pertenece en propiedad a ninguna persona individual ni a ninguna institución. Nadie puede adueñarse de él, tampoco se puede transmitir por herencia”⁶⁰.

Para Adolfo Posada, la idea de poder, como disposición para actuar y realizar fines no es exclusiva del Estado, ya que el poder para satisfacer necesidades lo tienen todos los que “pueden lo que hacen”⁶¹.

Precisamente sobre esto, Pablo Lucas Verdú busca no eludir la vinculación de la ciencia política con el derecho constitucional sino lo contrario, ya que aquella debe estudiar los

⁵⁵ Bidart Campos, Germán; ob. cit., tomo I, Págs. 12 y 13.

⁵⁶ Resulta ineludible referir a la obra Mortati, Constantino; La Constitución en sentido material, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

⁵⁷ Sobre la idea de historicidad de las constituciones, ver, Fioravanti, Maurizio; Constitución. De la antigüedad a nuestros días, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

⁵⁸ Lasalle Ferdinand; ¿Qué es una Constitución?, Ob. Cit, Pág. 90. El destacado es agregado.

⁵⁹ Kelsen, Hans; Compendio esquemático de una teoría general del Estado, Núñez y comp. S en C, Barcelona, 1926.

⁶⁰ Jiménez de Parga, Manuel; Los regímenes políticos contemporáneos, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, Págs. 54 y 58, respectivamente.

⁶¹ Posada, Adolfo; Tratado de Derecho Político, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1915. Tomo I, Pág. 75.

fenómenos relacionados con el fundamento, la organización, el ejercicio, los objetivos y la dinámica del poder en la sociedad⁶².

Desde el constitucionalismo argentino, Segundo Linares Quintana afirma que el derecho constitucional tiende a transformarse cada vez más en el derecho de las instituciones y los regímenes políticos, contenidos o no en el texto de la Constitución⁶³.

En esta inteligencia, los hechos históricos demuestran que en el Siglo XX numerosas cuestiones económicas, sociales e incluso culturales fueron incorporadas a la arena política, o mejor dicho a la arena de la disputa por el poder. En los últimos tiempos estos procesos evidenciaron una gran aceleración.

Por ejemplo, Peter Häberle apunta que el concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí –relaciones horizontales– y de éstos con los ciudadanos, por ejemplo la tolerancia⁶⁴.

Pero esto no resulta novedoso, sino que ha sido puesto de manifiesto hace décadas.

Michel Foucault décadas atrás reseñaba nociones acerca de la idea de un orden jurídico-económico, considerando la reciprocidad entre los procesos económicos y el marco institucional. También sobre la economía política como crítica de la razón gubernamental⁶⁵.

Las relaciones sociales en los sistemas jurídicos contemporáneos, caracterizados por la presencia genérica del modelo de economía de mercado, destacan los términos de intercambios económicos como un nuevo factor de consideración jurídico.

Como consecuencia directa, otro elemento –o factor de poder– se añadió al escenario constitucional, transformando aquella bilateralidad (derecho-política) en una **relación trilateral: derecho** (o el ordenamiento jurídico), **política** (o la búsqueda del poder político) y **economía** (o la búsqueda de la acumulación material).

Por ende, la **Constitución material contemporánea** no se limitará a lo consignado en el texto escrito, sino que su dimensión sociológica y valorativa correcta debe incorporar los factores de poder, tanto políticos como también **económicos**.

Evidentemente, y aproximando las primeras conclusiones, esta nueva concepción precisa revisar y redefinir lecturas e interpretaciones clásicas para adecuarlas a las problemáticas actuales, muchas de ellas definidas por factores económicos, tales como la riqueza, la escasez de recursos y la cuestión social, entre otros.

⁶² Lucas Verdú, Pablo; Principios de ciencia política, Editorial Tecnos, Madrid, 1967, tomo I, Pág. 17.

⁶³ Linares Quintana, Segundo; La nueva ciencia política y constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, Pág. 97.

⁶⁴ Häberle, Peter; El Estado constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, Págs. 3 y 4

⁶⁵ Foucault, Michel; Nacimiento de la biopolítica, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004 [conferencias de los años 1978 y 1979], en especial Págs. 305 y ss.

Las Constituciones actuales serán así **Constituciones políticas y económicas** ya que comprenden aspectos económicos –y que dan lugar a la Constitución económica-, sociales –catalogados por algunos como Constitución social o socioeconómica-, y culturales –descriptos por autores como Constitución cultural⁶⁶⁻⁶⁷. Incluso dentro del ámbito social constitucional, algunas posturas aluden al “bloque de laboralidad” o contenido laboral de la Constitución⁶⁸, aunque sin ensayar estrictamente el término “Constitución laboral”; o bien la “Constitución financiera”⁶⁹ para identificar la función recaudatoria fiscal y orientadora del gasto público.

Sucede que los nuevos factores de poder económicos y los conflictos económico-sociales han sido recogidos por los textos constitucionales actuales a los fines de establecer determinado orden impuesto por el reconocimiento de derechos fundamentales y la estructura de la organización del poder económico.

Por lo tanto, la Constitución económica contemporánea reconoce los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales y regula las relaciones económicas en sociedades de economía de mercado. Más adelante serán desarrolladas estas ideas. Pero momentáneamente exponemos que **la Constitución económica posee una función jurídico-ordenadora** en términos de los intercambios económicos. Esto en atención a que las actividades económicas –como todas- no se encuentran ajenas al imperio de la norma suprema, que es fuente de fuentes de todo el sistema jurídico.

Considerar lo contrario y desconocer la autoridad constitucional por sobre la economía implicaría reconocer que esta última puede funcionar al margen de la Constitución. Uno de los ejes en el cual se apoya este trabajo de tesis rechaza tal argumento ya que sostenemos que ninguna actividad humana puede posicionarse al margen de la norma suprema formal y material, principalmente alrededor de los derechos allí reconocidos.

De esta forma, concluimos en que los factores de poder (económicos o políticos) influyen en el concepto material de la Constitución, pero sin que ellos impliquen su preponderancia por sobre los derechos y principios fundamentales allí reconocidos.

⁶⁶ Sobre la idea de Constitución cultural, ver: Häberle, Peter; ob. cit., Pág. 229. Más claramente: Prieto de Pedro, Jesús; Cultura, culturas y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006; Ruiz Miguel, Carlos; “El constitucionalismo cultural”, en: Revista cuestiones constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, nº 9, Pág. 201 y ss.

⁶⁷ Pérez Luño, Enrique; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Págs. 187, 192 y 197.

⁶⁸ Palomeque López, Manuel; Los derechos laborales en la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 21.

⁶⁹ Messner, Verena; “El sistema de financiación del Estado federal de Austria” en Revista española de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril de 2010, nº 88, Pág. 219.

2. Continuación: Constitución política y económica. Materialidad y la variante de la norma no escrita.

Formuladas estas apreciaciones preliminares referidas a la relación entre Constitución y poder político y económico resulta apropiado determinar el **objeto de estudio** que guiará la siguiente parte del trabajo de tesis.

Primeramente será la Constitución en su sentido formal, o lo que es lo mismo, el texto escrito supremo vigente en determinado país, sea individualmente o combinando sus elementos a partir de una óptica comparada, según corresponda.

Secundariamente, su variante material, o la dimensión sociológica o real en donde se conjugan esos factores de poder que a su vez interactúan. Esta variante se expone en particular como resultante de los pronunciamientos jurisprudenciales que serán citados a causa o consecuencia de los comportamientos evidenciados por los operadores jurídico-políticos.

Es decir, en las próximas páginas será abordada tanto la Constitución vigente normativa, como la Constitución eficaz o con vigencia sociológica a partir de la lectura expuesta por la jurisprudencia constitucional.

Ello atento a que el presente trabajo constituye un **estudio científico** –perteneciente a la ciencia jurídica-, para lo cual se lo evitará inocular de todo partidismo político, aunque sin caer en el puro tecnicismo estéril o la abstracción teórica.

Bajo esta circunstancia, en ocasiones el texto se desplazará –y se hará constar- hacia la dimensión sociológica, atento a la importancia de no ignorar los factores económicos y sociales que rodean todo marco constitucional. Esto debido a que en ocasiones la Constitución material puede no coincidir con la Constitución formal -aunque ello no sea siempre sea así- en todo o en alguna de sus partes. Son los casos en los que la norma fundamental no tiene real y efectiva vigencia sociológica, fáctica o empírica.

Expuestas las posturas y centrados en el concepto rígido y material de la Constitución, avanzamos con su análisis pormenorizado.

Etimológicamente, es sabido que el término Constitución proviene del latín *cum statuere*, o “establecer con”.

En su clásica construcción escalonada del orden jurídico, Hans Kelsen define a la constitución material como la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. “Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo”.

La Constitución formal, por su parte, es para el autor citado el documento escrito que contiene normas que regulan la legislación –la producción de normas jurídicas generales- y las normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como las disposiciones

según las cuales las normas contenidas en ese documento no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial⁷⁰.

Por excelencia, el ejemplo normativo del concepto radica en el ya citado artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁷¹, el cual establece que *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*.

Esta norma es, eminentemente, una norma jurídica, pero rodeada por un gran determinante político. Veamos algunas posturas doctrinarias que giran alrededor de esta afirmación.

Desde la literatura italiana, Giovanni Sartori remite al concepto de sociedad organizada mediante la ley con el objeto de limitar la arbitrariedad del poder y someterlo al derecho⁷².

Para Riccardo Guastini esta definición de Constitución denota una organización política particular: liberal y garantista, por cuanto la norma suprema es concebida como un límite del poder político⁷³. Es el conjunto de normas que disciplinan la organización de los poderes públicos así como las relaciones entre Estado y ciudadanos⁷⁴.

Desde la doctrina española, Manuel García Pelayo aporta una idea racional-normativa del término y lo define como una norma de rango superior por el cual pauta un modo de organización de la vida política que establece alguna separación de poderes y garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos⁷⁵.

En esto coincide, en la bibliografía argentina, Gregorio Badeni por cuanto afirma que la Constitución, si bien se trata de un documento jurídico, su comprensión no puede prescindir de los valores institucionales y simbólicos o sociológicos que conforman el concepto de Constitución.

Ella es entonces un documento jurídico, pero también un instrumento de gobierno útil para concretar los fines que determinaron la unidad nacional y el destino que fue bosquejado para el desarrollo de la comunidad⁷⁶.

Esa norma jurídica (o complejo normativo) caracteriza a un determinado modelo de Estado, aunque debemos destacar que para algunos autores el carácter constitucional refiere a una

⁷⁰ Kelsen, Hans; Teoría pura del derecho, Editorial Porrúa, Buenos Aires, 1991 [segunda edición ampliada y reelaborada de 1963] Pág. 233.

⁷¹ Sobre la opinión acerca de las fuentes de dicha Declaración, ver: Jellinek, Georg; La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000 [1895], Págs. 85 y ss.

⁷² Sartori, Giovanni; Elementos de teoría política, Editorial Alianza, Madrid, 1992, Pág. 20.

⁷³ Guastini, Riccardo; Estudios de teoría constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, Pág. 31.

⁷⁴ Guastini, Riccardo; Lecciones de teoría del Derecho y del Estado, Editorial Comunitas, Lima, 2010, Pág. 176.

⁷⁵ García Pelayo, Manuel; Derecho constitucional comparado, Editorial Alianza, Madrid, 1984, Pág. 34.

⁷⁶ Badeni, Gregorio; Tratado de derecho constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo I, Pág. 13.

determinada forma de gobierno y no de Estado⁷⁷. La primera postura es la que reúne mayor consenso.

En el pensamiento francés, Maurice Hauriou afirma que “El régimen constitucional es una determinada forma del Estado, el cual es, a su vez, una determinada forma de nación, o más exactamente, es la centralización política y jurídica de poblaciones que han llegado al estadio nacional”⁷⁸.

Ese Estado, en su ejercicio del monopolio de la elaboración de la norma jurídica obligatoria –o monopolizando la fuerza pública-⁷⁹, se ajusta a la Constitución reglamentando los aspectos del poder político y también del poder económico.

En circunstancias puede darse el caso que la relación jurídica entre los que ejercen el poder –eminentemente político, en este caso- y los que están sujetos a ese poder no se encuentre codificada. Allí las normas que disciplinan la organización del poder y sus relaciones entre los sujetos se presentan de forma consuetudinaria.

La Constitución no escrita y el ordenamiento del poder (político y económico)

Se ha dicho que en algunas experiencias la ordenación del poder político puede darse de manera no escrita. Por ejemplo, es el caso de Inglaterra y sus fuentes del derecho históricas-legislativas. También resultan no menos interesantes los casos Israel y Nueva Zelanda⁸⁰.

Según lo entiende Germán Bidart Campos, dichos Estados pueden tener:

- a) Un conjunto de leyes de contenido constitucional no codificadas o reunidas, el cual se denomina: “Constitución no escrita”.
- b) Simultáneamente con esa Constitución dispersa, un orden de conductas ejemplares, descriptas y captadas lógicamente como normas no escritas (derecho no escrito o consuetudinario).
- c) Exclusivamente un orden de conductas de reparto ejemplares, descriptas y captadas lógicamente como normas no escritas.

¿Resulta útil la clasificación entre constituciones escritas y constituciones no escritas?

⁷⁷ Para ver la diferencia entre el Estado constitucional y el gobierno constitucional, ver: Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995 [1994], 4 tomos y Bidart Campos, Germán; La historicidad del hombre, del Derecho y del Estado, Editorial Manes, Buenos Aires, 1965.

⁷⁸ Hauriou, Maurice; Principios de derecho público y constitucional, Editorial Comares, Granada, 2003 [1923], Pág. 7. Ver también -en la misma obra- la esquemática clasificación de las formas de Estado y formas de gobierno, Págs. 391 y ss.

⁷⁹ Weber, Max; Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 1984 [1922]

⁸⁰ Sobre este último, ver el Acta de Constitución del año 1986.

James Bryce, en su tiempo, entendía innecesaria esta clasificación. Agudamente afirmaba que “es una distinción torpemente expresada y que lleva hartó fácilmente a confusión, puesto que *ius non scriptum* quiere denotar costumbre; y cuando esta costumbre ha sido escriturada y protocolizada, apenas puede seguir llamándosele no escrita”.

En este orden de ideas proponía otra clasificación relacionada de alguna forma con el concepto de rigidez y flexibilidad de las constituciones.

Así, unas serían “productos naturales asimétricas tanto en sus formas como en sus contenidos, y constan de un conjunto de determinados decretos o estipulaciones de fechas diferentes y posiblemente de varias procedencias, entremezclado todo con reglas consuetudinarias basadas únicamente en la costumbre o el precedente, pero que, en la práctica, son consideradas como de igual autoridad.”

Otras, en cambio serían “obras de un arte consciente, es decir, son el producto de un esfuerzo deliberado del Estado que establece de una vez para siempre un cuerpo de provisiones coherentes, de acuerdo con las cuales y por las cuales su gobierno se ha de establecer y regir”⁸¹.

Contemporáneamente y en la doctrina española, Pedro de Vega también estima de poca importancia esa clasificación al sostener que “hoy la práctica totalidad de las Constituciones son Constituciones rígidas”. Entiende que aquella clasificación formulada entre constituciones rígidas y constituciones flexibles parece haber perdido cierta vigencia⁸².

Por su parte, Giovanni Sartori, en cambio, más crítico sobre la adecuación sin solución de continuidad de los modelos consuetudinarios a la idea de Constitución⁸³.

Lo concreto es que escrita o no, la norma suprema determina el ejercicio del poder y reconoce los derechos fundamentales. ¿Cómo repercute esto en términos sociológicos?

Karl Loewenstein acuñó el concepto de “sentimiento constitucional” para caracterizar procesos sociales en las cuales esa “materialidad” constitucional “toca uno de los fenómenos psicológico-sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar”. El autor exponía que “Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes políticos partidistas, económicos, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad”⁸⁴.

⁸¹ Bryce, James; Constituciones flexibles y constituciones rígidas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962 [1905], Pág. 15 a 17.

⁸² De Vega, Pedro; La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, Pág. 50

⁸³ Sartori, Giovanni; Elementos de teoría política, Editorial Alianza, Madrid, 1992, Pág. 16

⁸⁴ Loewenstein, Karl; Teoría de la constitución, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, Pág. 200. En esto, ver Lucas Verdú, Pablo; El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política), Editorial Reus, Madrid, 1985.

A partir de esto, el “sentimiento constitucional” se observa en el resguardo de los derechos fundamentales y el encuadramiento del poder (político y económico) en el marco de la Constitución. Se consolida de esta manera el anteriormente enunciado derecho constitucional del poder.

3. Constitución y supremacía. La posición jerárquica de las normas complementarias.

Una de las características intrínsecas que posee la Constitución entendida como norma jurídica es su supremacía por sobre el resto del ordenamiento jurídico. La bibliografía referida a la temática es frondosa, tanto en España como en Argentina y a ella nos remitimos.

Ahora bien, en algunas experiencias comparadas la norma suprema comparte esa misma posición jerárquica suprema con otras fuentes del derecho. Sucede que **el complejo jurídico integrado por la Constitución escrita (en forma exclusiva y excluyente) puede ser ampliado mediante la incorporación de otras fuentes del derecho**, que consecuentemente también revestirían supremacía por sobre el resto del ordenamiento jurídico.

A modo de ejemplo es posible citar la jurisprudencia constitucional, los principios generales supremos (enunciados o implícitos) y –en aquellos ordenamientos en los cuales proceda- las leyes especiales o normas jurídicas provenientes de la dimensión externa del derecho (tratados internacionales). Tales fuentes pasarían a formar parte del “bagaje constitucional”. Cabe mencionar que en estas circunstancias ello es así por voluntad de la norma suprema ya que ella habilita que otra fuente jurídica comparta la posición suprema.

Desde la doctrina constitucional han sido elaboradas distintas construcciones explicativas para la contención del conjunto de esas fuentes superiores que a su vez permita su diferenciación e interpretación jerárquica y armónica.

Uno de ellos –tal vez el más utilizado por la literatura española y argentina- ha sido el denominado “bloque de constitucionalidad” o “bloque de la constitucionalidad”.

Constitución y bloque de constitucionalidad

En la doctrina y jurisprudencia francesa, el *Bloc de Constitutionnalité* se utilizó hace décadas para designar el conjunto de normas del *Conseil Constitutionnel* aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y los reglamentos parlamentarios⁸⁵.

⁸⁵ Rubio Llorente, Francisco; La forma del poder (estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 105 a 108.

En esa experiencia, el bloque se encuentra integrado por la Constitución del año 1958 y, por remisión de su preámbulo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, y el preámbulo de la Constitución del año 1946, sobre todo en lo que el carácter social del Estado francés se refiere.

También integran este bloque de constitucionalidad aquellos principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República francesa, fuentes a las que Louis Favoreu denomina “elementos marginales”⁸⁶. El mismo autor justifica el empleo y fundamento del término, ya que la idea de “bloque” evoca a la solidez y unidad de un cuerpo.

A partir de esta construcción acuñada en Francia, ese concepto ha sido desplegado e importado con posterioridad en las diferentes realidades constitucionales, en ocasiones sin observar acabadamente sus características identificatorias que los diferencian. En otros casos su implementación ha sido de forma casi idéntica.

Constitución, supremacía y bloque de constitucionalidad en España. Preliminares y Constituciones históricas (1812, 1837, 1869 y 1931).

Suele identificarse a la Constitución de Cádiz de 1812 como el fenómeno innovador liberal de la época, al instaurar un régimen constitucional liberal.

Sobre ese proceso, Luis Sánchez Agesta apunta que la ideología del Siglo XVIII -con su impulso racional y reformador- va a desembocar en Cádiz e informar el espíritu de los constituyentes. Ello “con un intento de racionalizar el orden político, de sustituir una continuidad histórica de las instituciones fundadas en un espíritu tradicional, por un planteamiento en razón de un principio abstracto, con ese espíritu que funda el derecho en la razón y se apoya en la ley para trazar el orden como un proyecto racional”⁸⁷.

Francisco Tomás y Valiente se sitúa en aquella época y explica que Cádiz era una ciudad dotada de una nutrida burguesía mercantil y en ella residían colonias de comerciantes extranjeros. Justamente de ello deriva el que denomina constitucionalismo liberal progresista identificado con el artículo 4 del texto de aquella Constitución⁸⁸. Esa cláusula de la Constitución de 1812 expresaba en forma categórica que “*La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen*”.

⁸⁶ Favoreu, Louis; “El bloque de la Constitucionalidad”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-marzo 1990, nº 5, Pág. 45 y siguientes.

⁸⁷ Sánchez Agesta, Luis; Historia del constitucionalismo español (1808-1936), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1955, Pág. 75.

⁸⁸ Tomás y Valiente, Francisco; Manual de historia del derecho español, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, Pág. 437.

Desde allí, la influencia de la ideología liberal y los principios constitucionales –como la igualdad, la centralización, el fomento de la agricultura y el comercio “promoviendo los obstáculos que las entorpezcan” la propiedad individual, la reorganización de la administración local y un plan de educación nacional-, serán recogidos por muchos de los textos fundamentales americanos.

Como expresan otros autores, el constitucionalismo cristalizó así en una Constitución formal un texto escrito, codificado, en la cual los poderes se organizaron, y fueron enunciados los principios fundamentales del orden político, con la rigidez de una superley que requería un superlegislador.

Paralelamente a dicho proceso, la aprobación de la Ley de Señoríos en las Cortes de Cádiz fue el hito inicial de la profunda revisión de la estructura social española que iba a enlazarse en el siglo XX con el movimiento ideológico del siglo XVIII español. La desamortización civil sancionada en 1820 (con intervalos entre 1824 y 1836) liquidó no sólo un régimen de propiedad agraria sino toda la estructura social que se fundaba en las vinculaciones y mayorazgos⁸⁹.

También es posible identificar otros sucesos constitucionales previos, y pero no por ello menos paradigmáticos, a la elaboración de la norma suprema española del año 1978.

Sobre el texto del año 1837, desde algunas posturas se ha dicho que atenuó el radicalismo liberal de la versión de la Constitución de 1812. La norma fundamental de 1869, por su parte, amplió la recepción de derechos de las personas⁹⁰.

José Sánchez-Arcilla Bernal entiende que tras el fracaso de la Revolución democrática de 1868 y la experiencia de la Primera República española, el pacto tácito entre la nobleza y la burguesía se reforzó, y la Restauración no sólo significó la vuelta al trono de un Borbón, sino también la consolidación de un liberalismo doctrinario⁹¹.

En otras opiniones sobre los textos de la monarquía constitucional de 1837, se estima que esa norma suprema limitó el articulado a los principios fundamentales y de carácter perceptivo. Su declaración de derechos es breve (artículos 2 a 10) para expresar únicamente las consecuencias jurídicas de la libertad de imprenta, el derecho de petición, la igualdad ante la ley y el juez, la seguridad personal y la propiedad privada⁹².

Posteriormente, la Constitución republicana de 1931 siguió a la proclamación de la Segunda República española.

⁸⁹ Sánchez Agesta, Luis; Historia del constitucionalismo español (1808-1936), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1955, Págs. 77 y 142.

⁹⁰ Tomás y Valiente, Francisco; Manual de historia del derecho español, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, Págs. 444 y 451, respectivamente.

⁹¹ Sánchez-Arcilla Bernal, José; Compendio de historia del derecho; Editorial Dykinson, Madrid, 2009, Pág. 305.

⁹² Sánchez Agesta, Luis; Historia del constitucionalismo español (1808-1936), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1955.

En su artículo 1 se afirmaba, en su parte pertinente, que *“España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo...”*.

Amén del reconocimiento de los derechos individuales, el texto incorpora un Capítulo dedicado a la familia, la economía y la cultura que enmarca uno de los primeros modelos de Estado constitucional-social de derecho.

Este texto se analizará en detalle más adelante al momento de indagar sobre los orígenes de la Constitución socioeconómica en la historia constitucional española.

La Constitución de 1978 y el bloque de constitucionalidad

En España, Francisco Rubio Llorente identifica la primera aparición del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia a partir del dictado de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 10/1982⁹³. Conforme a lo manifestado por el órgano jurisdiccional constitucional, el autor expone que “Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso, el “bloque de constitucionalidad” que ha de servir de base para enjuiciar la Ley impugnada, hay que partir del hecho de que la Constitución se remite con carácter general a los Estatutos para que éstos determinen las competencias autonómicas”⁹⁴.

Pablo Pérez Tremps, en ocasión de analizar el reparto de competencias entre el Estado nacional y las Comunidades autónomas (entidades subnacionales) y el derecho comunitario (hoy derecho de la Unión), articula el concepto de bloque de constitucionalidad con el derecho de la integración y analiza en qué medida este último influye sobre aquél⁹⁵. El autor entiende que si bien el derecho de la integración regional puede servir como canon hermenéutico del reparto interno de competencias (cita la sentencia del Tribunal Constitución español nº 252/1988⁹⁶), “la integración europea ha introducido modificaciones en muchos ámbitos de actividad, especialmente de naturaleza económica, lo que tiene consecuencias claras en la delimitación jurídica de esas actividades, incidiendo, a su vez, en el bloque de la constitucionalidad mediante la producción de auténticas mutaciones de títulos competenciales en la medida en que éstos se definen a partir de esos sectores de actividad”⁹⁷.

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 10/1982, de 23 de marzo de 1982.

⁹⁴ Rubio Llorente, Francisco; La forma del poder (estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 100.

⁹⁵ Pérez Tremps, Pablo; “Constitución española y Unión europea”, en Revista española de derecho constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto de 2004, nº 71, Pág. 113 a 115.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 252/1988, de 20 de diciembre de 1988.

⁹⁷ El autor cita además precedentes con claras consecuencias competenciales en donde “la tradicional diferencia entre comercio y sanidad exteriores e interiores se ha visto superada con la aparición de un comercio y una sanidad intracomunitaria que, en buena medida, desde el punto de vista interno, han

Francisco Rubio Llorente por su parte, detecta y señala el diferente uso que la construcción jurisprudencial constitucional ha hecho sobre el concepto de bloque. Afirma que “En la mayor parte de las decisiones que utilizan la expresión, la función determinante de la inclusión es la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, una función, por tanto, intrínseca a la norma de la que es finalidad u objeto propio. En otras sentencias, por el contrario, la función tomada en consideración es una función por así decir extrínseca a la norma misma y que surge sólo dentro del proceso, por la relación que en él se establece entre ella y la norma sometida al juicio del Tribunal a través de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad, pues con la misma denominación de “bloque de la constitucionalidad”, o con las equivalentes de “parámetro de constitucionalidad”, “bloque normativo del artículo 28 LOTC” u otras semejantes, el Tribunal se refiere frecuentemente también a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”⁹⁸. El autor mencionado avanza sobre el concepto de Constitución total o global como el complejo normativo, el conjunto de normas positivas de rango superior (no un mero supuesto lógico-jurídico) que distribuye territorialmente el poder (especialmente, pero no sólo, el poder legislativo) entre unas instancias centrales cuya competencia, objetiva o materialmente limitada, se extiende, sin embargo, en el espacio, a la totalidad de territorio, y otras instancias territoriales, cuya competencia es limitada tanto material como espacialmente.

Otra línea crítica la traza Antonio de Cabo de la Vega, quien identifica al menos cuatro conceptos, a su entender utilizados combinadamente por el Tribunal Constitucional español, sobre el “bloque de constitucionalidad”.

En la primera formulación y siguiendo posturas italianas, para el autor, el bloque estaría integrado por aquellas normas que sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de otras normas, aunque ello no figure en el texto constitucional. Aquí incluye, *a priori* y desde la teoría general, leyes de delegación al gobierno, reglamentos de las cámaras legislativas que pueden determinar la inconstitucionalidad de las leyes, estatutos de autonomía y ciertos tratados de derechos humanos. Lo cataloga como “parámetros de constitucionalidad” dado su carácter funcional ya que “sirven” sólo para determinar la constitucionalidad de las normas según lo dispuesto en la Constitución.

La segunda acepción la vincula con el concepto de Constitución material. Es decir, toda materia constitucional que no se encuentre dentro de la norma escrita, sea porque la norma

“engrosado” el comercio y la sanidad interiores.” (Sentencias del Tribunal Constitucional español nº 21/1999 de 25 de febrero de 1999; 236/1991 de 12 de diciembre de 1991; 79/1992 de 28 de mayo de 1992; 313/1994 de 24 de noviembre de 1994; 67/1996 de 18 de abril de 1996 y 206/2001 de 22 de octubre de 2001).

⁹⁸ Rubio Llorente, Francisco; “El bloque de constitucionalidad”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 1989, nº 27, Págs. 11 y 113..

suprema remita expresamente a otros textos igualmente constitucionales (ejemplo, Constitución de Francia de 1958 y su referencia a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y al preámbulo de la Constitución de 1946) u otras normas infraconstitucionales (ejemplo, leyes orgánicas).

A una tercera interpretación, denominada como “contexto constitucional” la define como el conjunto de normas a determinar por el contexto constitucional del caso que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de una norma específica.

La última y para el autor tal vez la más extendida, es aquella que hace depender el nacimiento del bloque de la existencia de un ordenamiento complejo, es decir las normas determinantes del sistema de constitucional de distribución de competencias⁹⁹.

Complementan tal justificación la rigidez constitucional –en cuanto a la fijación de un régimen calificado para su reforma- plasmada en los artículos 166 a 169.

Marc Carrillo, por su parte, arriba a la conclusión que la Constitución y los estatutos de autonomía integran el bloque de constitucionalidad, y como consecuencia “el juez de la Constitución se encuentra con una alud de disposiciones generales y actos aplicativos de la ley, que en la medida que puedan infringir los límites fijados en materia de garantías constitucionales para los derechos de las personas, que le compete tutelar, y que lo convierten en el primer juez constitucional de los derechos”¹⁰⁰.

Pierre Bon recurre a la metodología jurídica-comparada y esgrime un corolario diferenciador entre el concepto francés y el español. Resume que la Constitución, las leyes orgánicas que contienen el estatuto de las Comunidades Autónomas o de aquellas otras que transfieren o delegan competencias, marco constitucional y leyes que constituyen lo que se ha convenido en denominar el bloque de la constitucionalidad, en el sentido español del término, es sensiblemente diferente del sentido francés¹⁰¹.

Normativamente, el artículo 9 inciso 1 de la Constitución española de 1978 expresa que *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*

Por su parte, los artículos 159 a 165 instituye el Tribunal Constitucional como órgano de contralor supremo.

En esta inteligencia, Ignacio de Otto y Pardo, no sin antes aludir a los problemas que presenta la supremacía en clave de teoría jurídica, afirma que “la fórmula del art. 9.1 puede

⁹⁹ De Cabo de la Vega, Antonio; “Notas sobre el bloque de constitucionalidad”, en Revista Jueces para la Democracia. Información y debate, Madrid, nº 24, noviembre de 1995, Pág. 58.

¹⁰⁰ Carrillo, Marc; “La aplicación judicial de la Constitución”, en Revista española de derecho constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto de 2004, nº 24, Págs. 75 y ss.

¹⁰¹ Bon, Pierre; “La Constitución española en el marco del constitucionalismo contemporáneo”, en: Revista española de derecho constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 2003, nº 69, Págs. 23 y ss.23

considerarse innecesaria pues la supremacía de la Constitución está implícitamente afirmada con la existencia de jurisdicción constitucional y, en concreto, del Tribunal Constitucional y de su competencia para invalidar las normas y actos que contradigan los preceptos constitucionales”¹⁰².

Como se puede observar y concluir, son numerosas las variantes doctrinarias y jurisprudenciales que han sido esgrimidas para explicar el concepto de “bloque de constitucionalidad” en el caso español.

La incorporación de la fuente externa del derecho. El debate sobre su posición jerárquica en el sistema jurídico: ¿repercusión en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales?

Así las cosas, es preciso hacer una mención a las fuentes externas del derecho – particularmente tratados y declaraciones de derechos celebradas en la comunidad internacional de naciones- a la luz de su eventual incorporación y posición jerárquica en el ordenamiento jurídico, en este caso el español. Esto conlleva además a discurrir acerca de su repercusión sobre la satisfacción de los derechos y especialmente, en lo atinente al objeto del presente trabajo, los derechos económicos, sociales y culturales.

Excede el objeto de la presente tesis ahondar acabadamente sobre la problemática referida a la celebración de los tratados internacionales y la prestación del consentimiento por parte del Estado español, cuyo procedimiento se encuentra establecido en los artículos 93 a 96 de la ley fundamental. La abundante literatura en la materia, tanto del derecho constitucional como del derecho internacional público en relación con España ilustra acabadamente los dilemas que allí se plantean y a ella nos remitimos¹⁰³.

En cambio sí resulta atinado hacer mención a la ejecución de los instrumentos internacionales y el problema que plantea su rango normativo en el sistema de fuentes del derecho, cuya posición, según entiende gran parte de la doctrina, no ha sido del todo resuelta por la Constitución de forma expresa y categórica.

¹⁰² De Otto y Pardo, Ignacio; Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987, Pág. 24.

¹⁰³ Sobre el régimen de aprobación y ratificación de los tratados internacionales y el ordenamiento español, ver: Mangas Martín, Araceli y Liñan Nogueiras, Diego, Instituciones y derecho de la Unión Europea, Editorial Tecnos, Madrid, 2005; Espinar Vicente, José; Tratado elemental de derecho internacional privado, Servicio de publicaciones de Universidad de Alcalá. Madrid, 2008; Alonso García, Ricardo; Sistema jurídico de la Unión Europea, Civitas Ediciones, Madrid 2007; Jiménez Piernas, Carlos; Introducción al derecho internacional público. Práctica española, Editorial Tecnos, Madrid, 2009; Rodríguez Carrión, Alejandro; Lecciones de derecho internacional público, Editorial Tecnos, Madrid, 1987; Mariño Menéndez, Fernando; Derecho internacional público (parte general), Editorial Trotta, Madrid, 1993; Pastor Ridruejo, José; Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, en especial Págs. 97 y ss., entre otros.

A todo esto se le debe adherir la construcción jurisprudencial que el Tribunal Constitucional español comenzó a forjar por medio de las Declaraciones nº 1/1992¹⁰⁴ y 1/2004¹⁰⁵ en lo referido a la integración regional y los principios del derecho comunitario y de la Unión (supremacía y primacía).

Tal mención resulta fundamental, entre otros aspectos, a los efectos tuitivos de los derechos económicos, sociales y culturales, atento a la cantidad de instrumentos internacionales y normativa derivada tanto regional/comunitaria como del derecho internacional general. Estos reconocen valores y su debate estriba en su aplicación y efectividad en el plano del Estado interno, como recuerda Antonio Truyol y Serra¹⁰⁶.

Aquí se debe considerar preliminarmente la validez de tramitación del instrumento internacional dado que, como explican Ángel Alonso de Antonio y José Alonso de Antonio, una vez ratificado y a partir de su publicación oficial el tratado internacional forma parte del ordenamiento interno (artículo 96 inciso 1 de la Constitución española), por lo que no es necesario convertirlo en norma interna¹⁰⁷.

El problema posee una doble faceta.

La primera es la referida al plano internacional, por cuanto es indudable la prevalencia del tratado sobre las normas internas de los Estados, conforme la Convención de Viena del Derecho de los Tratados del mayo de 1969 y vigente desde enero de 1980.

Es de recordar que España ha adherido a tal instrumento internacional cuya entrada en vigor se ha dado a partir del 27 de enero de 1980¹⁰⁸.

Los artículos pertinentes de ese instrumento internacional prescriben lo siguiente: “*Artículo 27 El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*”.

Por su parte, el citado artículo 46 dispone que:

“Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si

¹⁰⁴ Declaración del Tribunal Constitucional español de 1 de julio de 1992 (Declaración sobre el Tratado de la Unión Europea).

¹⁰⁵ Declaración del Tribunal Constitucional española de 13 de diciembre de 2004 (Declaración sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa).

¹⁰⁶ Para un análisis político de la problemática, ver: Truyol y Serra, Antonio; Los derechos humanos, Editorial Tecnos, Madrid, 1968 y 2000.

¹⁰⁷ Alonso de Antonio, Ángel y Alonso de Antonio, José; Derecho constitucional español, Editorial Universitas, Madrid, 2006, Pág. 116 y ss.

¹⁰⁸ Boletín Oficial del Estado, 13 de junio de 1980.

resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

Acorde a los principios del derecho internacional público, el Estado que ha suscripto determinado instrumento internacional debe cumplir aquello a lo que se ha obligado sin poder ampararse en sus disposiciones internas para justificar su eventual incumplimiento.

La segunda faz de la cuestión –y la más debatida- redunda en el plano interno y refiere a la relación jerárquica que se produce entre la norma suprema interna y las norma provenientes de la dimensión externa dentro del sistema de fuentes del derecho.

Esta problemática se agudiza aún más a partir del proceso de integración regional europeo cuya jurisprudencia comunitaria ha desarrollado principios tendientes a la prevalencia de la norma comunitaria por sobre el ordenamiento interno, sea en el ámbito de la integración regional (derecho de la Unión Europea), aunque también se puede evidenciar en el marco de la protección internacional de los derechos fundamentales (Sistema Europeo de Protección de Derechos Fundamentales – Convenio Europeo de Derechos Humanos).

En concreto y complementando ambos dilemas surge un interrogante: ¿cuál es la relación jerárquica –si realmente existe- entre el tratado internacional válidamente suscripto y la Constitución escrita y el resto de las normas que de ella se derivan?

En apariencia, este interrogante puede llegar a resultar útil a la hora de estudiar el alcance protectorio de los derechos económicos, sociales y culturales y sus hipotéticas contradicciones entre las dimensiones internas y externas. Empero, alguna doctrina **cuestiona la real necesidad o importancia de definir la relación entre estas dos fuentes del derecho en términos de jerarquía**, en atención a la obligación del Estado español de interpretar las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales de conformidad con parte del derecho internacional (artículo 10 inciso 2 de la Constitución española).

Veamos algunas posiciones doctrinarias.

Desde el derecho constitucional se suele alegar sobre la subordinación jerárquica del tratado internacional del derecho internacional general a la Constitución española. Por lo tanto los instrumentos internacionales válidamente suscriptos por el Estado español son, para la gran parte de la doctrina constitucional, fuente del derecho con rango de ley¹⁰⁹.

Se argumenta así que el sistema se apoya en la asignación de competencias instituido por su Constitución y su “reserva de competencias implícita y abierta” en favor de los tratados. Es decir, que el tratado deroga las fuentes internas anteriores que se le opongan porque absorbe la materia sobre la que versa, y no puede ser modificado ni denunciado sino por los

¹⁰⁹ Por ejemplo, Torres del Moral, Antonio; Principios de Derecho constitucional español, Dirección de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, tomo I, Págs. 266 y 365.

procedimientos especiales antes comentados; lo que significa que mientras ello no ocurra, las leyes internas no pueden regular esa materia contradictoriamente.

En este mismo criterio se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, por ejemplo en la sentencia nº 11/1985¹¹⁰.

De esta forma el tratado únicamente debe respetar el texto constitucional y los Estatutos de autonomía. Las demás normas que componen el bloque de la constitucionalidad pueden ser modificadas por el tratado porque son los poderes centrales los que perfeccionan a éste y a aquellas.

A partir de la incorporación del Estado español en el proceso de integración regional europeo, por la vía del artículo 93 del texto fundamental español, entra en el derecho interno todo el derecho comunitario o de la Unión, incluyendo su jurisprudencia comunitaria¹¹¹. El ordenamiento interno atribuye una atribución de competencias al plano internacional, por ejemplo a la Unión Europea, y encuentra un límite en la justificación que la norma comunitaria sea utilizada para alcanzar fines comunitarios y no otros.

Expresamente, el artículo 93 de la Constitución española dispone que *“Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”*

Se sostiene que la posibilidad de formular reservas a los tratados en oportunidad de su suscripción o el procedimiento de control previo de constitucionalidad –y en menor medida los controles posteriores mediante el recurso de inconstitucionalidad (artículo 161, inciso 1 apartado a) de la Constitución española) y la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 de la misma norma)- se presentan como suficientes garantías de adecuación del tratado internacional respecto a la Constitución. Respecto a las “reservas”, el artículo 2 inciso d) de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados establece que *“se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”*. Sobre este tema resulta útil observar la clasificación formulada entre tratados internacionales -propia del derecho internacional público- y los tratados de integración regional, en especial referidos al proceso de integración de España al espacio europeo¹¹².

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1985, de 30 de enero de 1985.

¹¹¹ Martín Rebollo, Luis; *Constitución española*, Editorial Aranzadi Thomson, Madrid, 2003, Pág. 123.

¹¹² Sobre esto, ver: Dictamen de la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a las solicitudes de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de España y de la República Portuguesa, de 31 de mayo de 1985; Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas relativo a las solicitudes de adhesión del

Sin embargo, la doctrina constitucional española no es pacífica respecto a esta cuestión apuntada. Explicamos estas justificaciones a partir de lo recogido por la literatura jurídica española.

Carlos Jiménez Piernas afirma que en la práctica las reservas operan como un mecanismo de flexibilidad que permite excluir o modificar la obligatoriedad de ciertas estipulaciones del tratado o de todo el tratado respecto de ciertas materias, circunstancias o personas¹¹³.

José Pastor Ridruejo agrega además que esas reservas tienen únicamente sentido respecto de los tratados multilaterales, ya que en los bilaterales las reservas equivalen a una nueva propuesta que hace que se reanuden las negociaciones entre los Estados¹¹⁴.

Respecto al control previo de constitucionalidad, el artículo 95 de la Constitución española dispone que *“1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”*.

En la jurisprudencia española es posible citar dos ejemplos paradigmáticos de la cuestión que, conforme a algunas opiniones, han marcado un punto de inflexión en cuanto a la cuestión de la supremacía normativa (tratados internacionales del proceso de integración europea – derecho comunitario o derecho de la Unión y la Constitución española) se refiere¹¹⁵.

Por un lado, la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional español, en el requerimiento formulado por el Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la Constitución española y el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la relación que resultaría del artículo G B, 10, del Tratado de la Unión Europea¹¹⁶.

Por otro lado, la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional española nº 1/2004 en el requerimiento formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los

Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, de 11 de junio de 1985; Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la admisión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y en la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 11 de junio de 1985; Tratado entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la Adhesión del Reino de España y la República Portuguesa a la comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, 12 de junio de 1985; Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados, (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 15 de noviembre de 1985), en adelante.

¹¹³ Jiménez Piernas, Carlos; Introducción al derecho internacional público. Práctica española, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, Pág. 124.

¹¹⁴ Pastor Ridruejo, José; Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, Editorial Trotta, Madrid, 1989, Pág. 105.

¹¹⁵ Para el estudio del estado de la recepción constitucional del Derecho comunitario en España a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ver: Martínez Sierra, Manuel; La recepción constitucional del derecho comunitario, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

¹¹⁶ Declaración del Tribunal Constitucional español nº 1/1992, de 1 de julio de 1992.

artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004¹¹⁷.

Anteriormente hemos apuntado que, en la doctrina española, la cuestión acerca de la supremacía exclusiva de la Constitución española por sobre la fuente externa del derecho - siempre distinguiendo entre el derecho comunitario o de la Unión y el derecho internacional general- no es pacífica. Veamos pues otras posturas que transitan en un carril diferente al anteriormente expuesto.

Ricardo Alonso García refiere al “diálogo entre el juez europeo y el juez nacional”, y cita a la cuestión prejudicial, para referirse a la interpretación suprema del Derecho europeo por sobre el ordenamiento interno, entre ellos el español¹¹⁸.

Si más arriba se ha reseñado que algunas posiciones entienden que la recepción del tratado internacional tiene aplicación una vez publicados oficialmente, se debe señalar que algunos autores opinan de manera diferente.

Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras entienden que “la inserción o recepción no dependen de la publicación interna sino de la fecha pactada internacionalmente por los Estados miembros. La eficacia directa para los particulares se completa a partir de la publicación, desplegando así la plenitud de efectos internos. En todo caso, una vez publicado en el *BOE*, su aplicación se retrotrae a la fecha pactada para la entrada en vigor por *todas* las partes”.

Respecto a las relación jerárquica entre el derecho comunitario y la Constitución española, los autores reconocen lo delicado del debate y estiman que “un eventual conflicto **no debiera resolverse en términos de jerarquía, sino buscando soluciones fundadas en el principio de coherencia que debe regir la actividad interior y exterior del Estado**”, articulando los preceptos de “jerarquía superlegal del tratado” y “especificidad del tratado”. En síntesis se inclinan por evitar los conceptos de “infraconstitucionalidad” o “supraconstitucionalidad” de las normas comunitarias ni de posibilidad de conflicto con la Constitución abrazándose a la atribución de competencias realizada mediante el tratado internacional¹¹⁹.

Sobre el derecho comunitario o de la Unión, Manuel Martínez Sierra sostiene que a partir del pronunciamiento del Tribunal Constitucional español citado del año 2004 el derecho europeo tiene “aplicación preferente” sobre la Constitución española y el ordenamiento nacional, no los anula sino los “desplaza”. Afirma consecuentemente que la Constitución española no es suprema sino que la dialéctica primacía-supremacía se reduce en una cuestión de

¹¹⁷ Declaración del Tribunal Constitucional español nº 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

¹¹⁸ Alonso García, Ricardo; Sistema jurídico de la Unión Europea, Thomson Reuters, Madrid, 2007, Pág. 176.

¹¹⁹ Mangas Martín, Araceli y Liñán Nogueras, Diego; Instituciones y derecho de la Unión Europea, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, Págs. 494 y 510. El subrayado es agregado.

aplicación preferente¹²⁰. Sin embargo, el autor es sumamente crítico con la tentativa de solución ofrecida por el Tribunal Constitucional español en su Declaración nº 1/2004, porque entiende que el concepto de primacía también implica supremacía. Ergo, la naturaleza del derecho europeo también implica invalidar la normativa nacional y no solamente desplazarla, por un lado, y el mero desplazamiento de la Constitución (frente al derecho europeo) no puede valorarse desde una perspectiva exclusivamente cuantitativa. A tales efectos entiende necesaria y propone una reforma constitucional a los fines de tal adecuación al derecho europeo y sus principios¹²¹.

Fernando Pérez Royo estima que “la supremacía se mueve en el terreno de la ordenación jerárquica de las normas, mientras que la primacía hace referencia a la aplicación de las normas”¹²².

Con anterioridad a la Declaración del año 2004 pero posteriormente a aquella del año 1992, Antonio López Castillo daba cuenta del rechazo “de toda posible hipótesis de tratados *contra Constitutionem* y, en particular, de aquella pretendida equiparación de las cláusulas constitucionales de integración y de reforma simplificada de la Constitución que el Consejo de Estado había sostenido”¹²³.

Pedro Cruz Villalón acuña el concepto de “*metaconstitucionalidad recíproca*” para explicar los modos de interacción entre el Estado nacional y los bloques regionales y los direccionamientos mutuos de mandatos con pretensión de vigencia, aunque reconoce las limitaciones que comparativamente que la ley suprema española posee en materia de integración comunitaria¹²⁴.

Carlos Molina del Pozo, por su parte, se centra en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y entiende que la Constitución española no ofrecería resistencias a otorgarle primacía al derecho comunitario (hoy denominado derecho de la Unión) respecto de cualquier norma interna y respetando el efecto directo de las disposiciones que disfruten de él por su naturaleza. Sin embargo el autor critica la redacción literal del artículo 93 del texto supremo al que le atribuye únicamente carácter europeo y no internacional general. Comparativamente, asimila el artículo 93 español con los artículos 24 de la Constitución alemana y 11 de la experiencia italiana. Concluye indicando que los tribunales españoles han de servirse del derecho comunitario con la misma naturalidad con la que emplean el interno, “toda

¹²⁰ Martínez Sierra, Manuel; La recepción constitucional del derecho comunitario, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, Pág. 252.

¹²¹ Martínez Sierra, Manuel; La recepción constitucional del derecho comunitario, ob. cit., Págs. 253 y 267.

¹²² Pérez Royo, Javier; Curso de derecho constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2005, Pág. 1067.

¹²³ López Castillo, Antonio; Constitución e integración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, Pág. 364.

¹²⁴ Cruz Villalón, Pedro; La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa, Editorial Trotta, Madrid, 2004, Pág. 145.

vez que aquél se integra en los sistemas jurídicos nacionales formando parte consustancial de ellos”.

Ello así ya que el mismo autor afirma que “El principio de primacía del Derecho comunitario, colorarlo inmediato de la cesión de soberanía a que antes aludíamos, tiene su origen en la propia adhesión a los Tratados, ya que las potestades que en ellos los Estados atribuyen, previa renuncia a las mismas, a las Comunidades, perderían todo su sentido si las reglas a través de las que se ejercen y manifiestan esas facultades pudieran ser posteriormente corregidas o ignoradas por los Estados signatarios”¹²⁵. Nótese que el autor, como casi toda la doctrina proveniente del derecho comunitario europeo, prefiere utilizar el concepto de “primacía” por sobre el de “supremacía”.

José Cano Montejano estima que “siempre que estemos en presencia de dos ordenamientos jurídicos que están llamados a aplicarse en un mismo ámbito, vamos a encontrarnos con puntos de contacto que necesitan de normas de conflicto, de resolución de supuestas incompatibilidades, es decir, que den respuesta a las cuestiones que puedan plantearse entre ambos. **El derecho comunitario no tiene solución expresa para esta situación, salvo la afirmación jurisprudencial de la primacía como criterio guía e intérprete de la relación con el derecho nacional**”. El mismo autor sostiene que la primacía no es una norma de conflicto sino es la afirmación de la superioridad en una supuesta jerarquía normativa, es la expresión de una actitud¹²⁶.

Sobre la relación con las normas de atribución de derechos, Roberto Viciano Pastor y Rosario Serra Cristóbal entienden que el artículo 10 inciso 2 de la Constitución española atribuye a los instrumentos internacionales -los cuales España es parte- parámetros interpretativos aplicables también a los derechos económicos y sociales. El texto apuntado establece que “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Estos autores entienden que los tratados internacionales ratificados por España poseen jerarquía superior a las leyes. Agregan que “Lo que se aporta de nuevo con el 10.2 CE es un canon interpretativo que cobra especial relevancia en el supuesto de que un precepto constitucional sobre derechos fundamentales no sea suficientemente claro. En este caso, para precisar su contenido se acudirá a las normas internacionales sobre derechos humanos”¹²⁷.

¹²⁵ Molina del Pozo, Carlos; Manual de Derecho de la Comunidad Europea, Editorial Dijusa, Madrid, 2002, Pág. 520 y 1368, respectivamente.

¹²⁶ Cano Montejano, José; La integración europea desde el tribunal constitucional alemán, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, Pág. 330. El destacado es agregado.

¹²⁷ Viciano Pastor, Roberto y Serra Cristóbal, Rosario; “Los derechos sociales y culturales conforme al derecho internacional”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María

Rafael de Asís, en la misma línea, califica al artículo 10 inciso 2 de la Constitución española como criterios interpretativos “que de alguna manera presiden la atribución de significado que se haga a los enunciados normativos que los contienen”¹²⁸. Sin embargo y a partir de la experiencia empírica reconoce la falta de operatividad real del criterio.

Finalmente y desde el derecho internacional público, se ha argumentado en pos de la prevención de eventuales responsabilidades internacionales.

Manuel Díez de Velasco afirma que “el tratado internacional conserva, al integrarse en el Derecho español, su naturaleza de norma internacional y su especial eficacia jurídica. En cuanto tal norma internacional, su primacía sobre el derecho interno se sustenta en el propio Derecho Internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de la Constitución. Todo Estado, independientemente de los preceptos de su ordenamiento interno, como miembro de la Comunidad Internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales aceptando la superior jerarquía del Derecho Internacional”.

El autor que “si un Estado dejara de aplicar un tratado aplicando disposiciones contrarias de una ley interna comete un hecho ilícito internacional e incurriría en responsabilidad internacional ante la otra u otras Partes del Tratado. La Corte Internacional de Justicia volvió a confirmar la sedimentada jurisprudencia del T.P.J.I. sobre la primacía del Derecho Internacional en el dictamen de 26 de abril de 1988 sobre la aplicabilidad del Acuerdo de Sede de la O.N.U. frente a lo dispuesto por una ley posterior norteamericana “es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado” (C.I.J. Rec. 1988; 35. Párr. 57). Cabe señalar que si bien la Constitución española no declara de modo directo la primacía del D.I. convencional, dicha primacía se afirma de forma indirecta pero inequívoca en el párrafo final del art. 96.1: “Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”¹²⁹.

En una interpretación en favor de la superioridad jerárquica de la normativa externa, el autor entiende que en España un tratado no puede ser modificado, derogado o suspendido de forma unilateral, por ejemplo, por una ley de Cortes o por una ley autonómica o por un Decreto-Ley, sino mediante la voluntad concretada de los Estados partes que concurrieron en el mismo.

(directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 183. El subrayado es agregado.

¹²⁸ De Asís, Rafael; “La apertura constitucional: la “dignidad de la persona” y “el libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y de la paz social”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 158.

¹²⁹ Díez de Velasco, Manuel; Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, Pág. 251. El subrayado es agregado.

La fuerza de resistencia del tratado frente a las leyes es la garantía de la primacía del tratado sobre las leyes anteriores o posteriores contrarias. Defiende que el artículo 96 inciso 1 de la Constitución española ha consagrado constitucionalmente la común tradición de las más importantes leyes, de la jurisprudencia y de la doctrina mayoritaria que venían reconociendo la prevalencia de los tratados sobre las normas internas. En consecuencia y para el autor, las leyes internas quedarían inaplicadas en el caso de contradicción con un tratado en vigor para España.

Desde otro lugar se ha clasificado el tema de las jerarquías entre la Constitución española y las normas internacionales consuetudinarias, las normas convencionales internacionales y los actos de las Organizaciones Internacionales.

Primeramente, por cuanto que la constitución de 1978 no regula expresamente la jerarquía de la fuente externa en el ordenamiento español, concluye que “el legislador constitucional reconoce, al menos implícitamente, que las normas consuetudinarias y convencionales internacionales se encuentran en la misma posición jerárquica en cuanto a su eficacia y fuerza vinculante en el ordenamiento español”. Esta solución pretende salvaguardar el cumplimiento por parte de España de sus compromisos internacionales.

En el plano interno, se les reconoce el carácter de supralegalidad e infraconstitucionalidad, citando por ejemplo la Sentencia del Tribunal constitucional español nº 38/2007 por cuanto la declaración de inconstitucionalidad de un tratado internacional (artículo 163 de la constitución española) por parte del Tribunal Constitucional no tiene como consecuencia su nulidad, sino únicamente su inaplicación; ya que la nulidad del tratado internacional sólo se puede producir de conformidad con las causas y procedimientos de la anteriormente citada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³⁰.

Por último, se les otorga la misma solución a la relación entre Constitución y los actos de las organizaciones internacionales¹³¹.

José Pastor Ridruejo avala categóricamente que “de ningún modo un tratado puede prevalecer sobre la Constitución”, y se apoya en la interpretación que hace de la Declaración del Tribunal Constitución español del 13 de diciembre de 2004 anteriormente citada. Reconociendo la aplicación dualista moderada, el autor plantea algunos problemas que podría ocasionar tal postura respecto de la ya citada responsabilidad internacional¹³².

Desde el exterior y empíricamente, el proceso de aprobación y ratificación del Tratado de Lisboa del año 2007 no ha clarificado por completo el asunto. La inclusión explícita del principio de “primacía” que hacía el Tratado Constitucional ha desaparecido con la reforma realizada por el Tratado de Lisboa, tanto del texto del Tratado de la Unión Europea como del

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 38/2007, de 5 de febrero de 2007.

¹³¹ Jiménez Piernas, Carlos; Introducción al derecho internacional público. Práctica española, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, Pág. 158 a 160.

¹³² Pastor Ridruejo, José; Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, Editorial Trotta, Madrid, 1989, Pág. 178.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Como lo entiende Lucía Millán Moro, únicamente se hace una referencia expresa a ella en la Declaración relativa a la primacía, que la vuelve a situar en donde siempre se ha encontrado y originado: en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como los otros principios que articulan la relación Derecho comunitario-Derecho nacional y que constituyen piedras angulares del ordenamiento jurídico comunitario¹³³.

A la fecha **el debate jurídico sobre esta particularidad dentro del sistema de fuentes del derecho español no ha sido completamente salvado**, aún considerando las eventuales responsabilidades internacionales, el avance y apertura al proceso integrador y la mayor protección de los derechos fundamentales que so pretexto de la supremacía constitucional del texto escrito eventualmente se pueda llegar a incumplir el ordenamiento internacional (sea referido a la integración regional o a la protección europea o internacional de los derechos humanos o fundamentales¹³⁴).

Este sigilo, para algunos, puede llegar a repercutir en la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales –que más adelante serán expuestos- provenientes del ordenamiento externo, y posteriormente recogido por el Estado español al tiempo de suscribir tratados internacionales (artículos 93 a 96 de la Constitución española).

Empero, como se ha visto, para otros ello no genera óbice alguno en atención al imperativo de la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por España, según lo dispone el artículo 10 inciso 2 del texto constitucional español. A partir de este y otros razonamientos **se cuestiona entonces la real necesidad de definir la relación entre esas dos normas en términos de jerarquías dentro del sistema de fuentes**.

En todo sentido, la fuente externa del derecho válidamente ratificada por España se presenta como fuente directamente aplicable conforme a las reglas de incorporación y a la vez como herramienta hermenéutica de los derechos fundamentales, según se trate.

¹³³ Millán Moro, Lucía; “El ordenamiento jurídico comunitario: Del tratado constitucional al tratado de Lisboa” en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 36, mayo-agosto de 2010, Madrid, Págs. 403 y 404.

¹³⁴ Sobre esto último ver: Queralt Jiménez, Argelia; La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. También, Saiz Arnaiz, Alejandro; La apertura constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; Rodríguez, Angel; Integración europea y derechos fundamentales, Cívitas, Madrid, 2001; Milione, Ciro; entre otros. Con anterioridad, García de Enterría, Eduardo; “El valor en Derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm I, Madrid, 1987, Págs. 9 y ss.

Constitución, supremacía y bloque de constitucionalidad en Argentina. Preliminares históricos.

El bloque de constitucionalidad en Argentina.

En el caso argentino, la utilización del concepto “bloque de constitucionalidad” presenta pocas complejidades. Ello en atención a su gran singularidad observada a partir del cambio de paradigma experimentado en la reforma constitucional llevada a cabo en el año 1994.

La doctrina mayoritaria suele seguir la definición que afirma que el bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo que incluye a la Constitución nacional y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto escrito¹³⁵.

En la jurisprudencia, el término apareció expuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “González de Delgado, Cristina y otros c./ Universidad Nacional de Córdoba”. Allí el máximo tribunal argentino expuso “*Que la Reforma Constitucional de 1994 dio jerarquía constitucional a diversos tratados y convenciones (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) que, junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de la constitucionalidad argentina. A partir de entonces son muchas las normas de ese rango que nos rigen y en las que se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, se prohíbe la discriminación y se garantiza el acceso a la educación*”¹³⁶.

Precisamente esta sentencia hace mención al doble origen de las fuentes que componen el bloque de constitucionalidad: i) las fuentes provenientes del ordenamiento interno y; ii) las fuentes provenientes del ordenamiento externo.

Ello es así atento a que la reforma de la Constitución nacional del año 1994 ha flexibilizado y ampliado el concepto de supremacía jurídica, dotando de jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por lo tanto y **luego de la reforma, la Constitución nacional se presenta en la cúspide jerárquica del ordenamiento jurídico, pero no ya en forma exclusiva y excluyente, sino que comparte dicha posición –por su propia voluntad expresada por el constituyente en 1994– con otras normas jurídicas provenientes de la dimensión externa del derecho.**

Resulta importante diferenciar esta cuestión que modificó el paradigma constitucional argentino visto desde el sistema de fuentes. Veamos el desarrollo cronológico de la cuestión.

¹³⁵ Bidart Campos, Germán; Manual de la Constitución reformada, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997, tomo I, Pág. 10 y ss.

¹³⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “González de Delgado, Cristina y otros c./ Universidad Nacional de Córdoba” (Fallos 323:2359) de septiembre de 2000), voto en particular del ministro Enrique Santiago Petracchi, considerando n° 2.

La supremacía constitucional en el período 1853-1992.

La Constitución nacional originaria de 1853-1860 establecía pautas generales sobre los tratados internacionales mencionadas en numerosas disposiciones. Entre ellas puede señalarse la redacción de los originarios artículos 27, 30, 31, 67 incisos 12, 14 y 19, 86 incisos 10 y 14, 87 y 108.

Los principales preceptos son los siguientes: *“Artículo 27. El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”*.

Por otro lado, *“Artículo 30. La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.”*

Y, finalmente *“Artículo 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859”*.

De la interpretación armónica del texto histórico se evidencia una clara ausencia de pautas referidas a tratados internacionales orientadas a desarrollar o fomentar bloques de integración regionales.

Sin embargo, y en el marco de la normativa infraconstitucional, Argentina suscribió numerosos tratados internacionales, algunos con vocación integradora y otros relativos a la protección de los derechos humanos.

En la celebración de un tratado internacional intervienen los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Nación. Y en la dogmática argentina ese tratado se incorpora al ordenamiento interno mediante una ley del Congreso nacional que ratifica aquel instrumento.

En esta línea de razonamiento y en cuanto a la supremacía de las normas y su sistema jerárquico se refiere, la Constitución nacional se erigía exclusiva –y excluyentemente- en el sistema jurídico interno. Debajo de ella, los tratados y las leyes se encontraban en un nivel escalonadamente inferior regidos por los principios clásicos de interpretación de las normas en la dimensión tiempo analizados en el capítulo anterior: a) *lex posterior derogat lex priori*, o conflicto de criterio temporal, y b) *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, o conflicto de criterio de especialidad.

Paralelamente, y en el plano internacional se ha ido desarrollando un sistema jurídico-normativo proveniente de las fuentes externas del derecho. Este modelo, empero ha sido incorporado, internalizando o transponiendo al ordenamiento argentino mediante actos de gobierno soberanos.

En síntesis, el ordenamiento jurídico interno del período 1853 a 1992 circulaba por un carril diferente del externo, reproduciendo de esta manera un dualismo jurídico –y metodológico- contradictorio con la esencia y fomento de la integración con otros Estados y sociedades. Ello es así debido a que las cesiones de competencia o jurisdicción son realizadas en el marco de normas internacionales –generalmente, tratados internacionales- con potestad a su vez de crear órganos internacionales habilitados para emanar normas jurídicas derivadas.

Esas normas provenientes de distintas dimensiones (interna y externa) pueden –y muchas veces sucede- contrariarse insalvablemente entre sí. En esos casos el sistema debe –o debería- ofrecer respuesta y salvar, mediante un método determinado, estas incongruencias.

Un camino posible es que el sistema opte y prefiera en abstracto y *a priori* en favor de una de las dos posiciones: prevalencia de la norma externa (del tratado internacional o incluso de su normativa derivada), o de la norma interna (del Estado que la suscribió). Optar por una u otra solución determina una actitud tendiente a robustecer o no, respectivamente, los compromisos internacionales.

Otra posibilidad resulta atender tal colisión de normas y encomendar su solución al órgano jurisdiccional, quien en cada caso concreto y particular deberá “preferir” la norma a ponderar sin desconocer la/s restante/s. Más adelante se retomará este análisis propio de la teoría general.

En aquel estado normativo-axiológico de la cuestión, es decir, en el marco jurídico e interpretativo de la Constitución histórica de 1853, ¿resultaba ajustado a la Constitución nacional que Argentina pudiera delegar competencia y/o jurisdicción (en fin, una porción del ejercicio de soberanía) a una entidad de índole suprarregional o intergubernamental?

En la doctrina clásica, las posturas mayoritarias rechazaban esas delegaciones o trasferencias de competencias que requiere todo proceso de integración o internacionalización del derecho por vía de tratados internacionales.

Carlos Sánchez Viamonte, por ejemplo, apuntaba sobre el texto histórico que “A los tratados internacionales (la Constitución Nacional) los equipara a las leyes ordinarias, asignándoles igual jerarquía que a éstas dentro del orden jurídico interno, en virtud de que todo tratado internacional celebrado por el Poder Ejecutivo (art. 86 inc. 14) requiere la aprobación del Congreso (art. 67 inc. 19) y debe estar en conformidad con los principios de derecho

público establecidos en esta Constitución' (art. 27)", conformando lo que el autor denominaba como el primer círculo concéntrico interno del orden jurídico¹³⁷.

En una misma línea interpretativa, Segundo Linares Quintana afirmaba que "nuestra ley fundamental en manera alguna posibilita tales transferencias de competencias, que se ser consagradas por tratados, darán lugar a que éstos sean declarados inconstitucionales por el poder judicial en los casos particulares que se susciten"¹³⁸.

Este criterio rígido fue seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos casos, los cuales acuñaron un derecho judicial de marcada rigidez conceptual por el transcurso de casi setenta años¹³⁹.

Así, el máximo tribunal de la Nación señalaba que "*(Que) corresponde establecer que ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos -leyes y tratados- son igualmente calificados por el Congreso de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno*"¹⁴⁰.

Y también que "...*el principio de que entre las leyes y los tratados de la Nación no existe "prioridad de rango" y que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan las anteriores*"¹⁴¹.

En una variante crítica y desde la literatura constitucional argentina, Bidart Campos abogaba por el cambio del estudio argentino del derecho de los tratados internacionales a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, vigente en Argentina a partir del año 1980, a los fines de estudiar las relaciones entre los tratados y el derecho interno. El autor concluyó en que "Las integraciones de un estado en una comunidad supraestatal han exigido y exigen muchas reformulaciones en las doctrinas clásicas del derecho constitucional y del derecho internacional"¹⁴².

¹³⁷ Sánchez, Viamonte, Carlos; El constitucionalismo. Sus problemas. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, Pág. 55.

¹³⁸ Linares Quintana, Segundo; Derecho constitucional e instituciones políticas, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, Tomo II, Pág. 582 y 583.

¹³⁹ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Compañía Azucarera c./ Provincia de Tucumán (Fallos 150:57) junio de 1928; "Merck Química Argentina c./ Estado Nacional s./interdicto" (Fallos 211:162) junio de 1948, entre otros.

¹⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Martín y Cía. Ltda. S.A. c./ Estado Nacional", (Fallos 257:1999) noviembre de 1963.

¹⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Esso S.A. Petrolera Argentina c./Estado Nacional s./ repetición" (Fallos 271:7) junio 1968.

¹⁴² Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995 [1994], Tomo II, Pág. 401.

La construcción de un nuevo modelo interpretativo jurisprudencial. El período 1992-1994.

Más cercano en el tiempo, en el año 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación produjo un cambio radical en el paradigma de interpretación entre los ordenamientos externos e internos en cuanto a la modificación de las jerarquías de los tratados internacionales respecto a las leyes nacionales.

En esa mutación interpretativa el tribunal entendió que “*(Que) la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5/12/1972 y en vigor desde el 27/1/1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de “Fallos” 257:99 y 271:7 (“La Ley” 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley...”*. También expresó “*Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27...*”¹⁴³.

El citado pronunciamiento generó un quiebre en el paradigma dualista rígido que, apoyado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, considera de forma superlativa la jerarquía de los tratados internacionales por sobre el ordenamiento interno.

Sin embargo, la citada –y tal vez difusa- “primacía” del tratado internacional “con cualquier norma interna” fue clarificada recién un año más tarde –en el año 1993-, en donde el mismo tribunal sentenció que “*(Que) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –aprobada por la ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5/12/1972 y en vigor desde el 27/1/1980- es un tratado internacional constitucionalmente válido, que en su art. 27 dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado argentino –una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. Esta conclusión resulta la más acorde a las presentes*

¹⁴³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ekmekdjian, Miguel c./ Sofovich, Gerardo y otros s./amparo” (Fallos 315:1492), julio 1992. El subrayado es agregado.

exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos”¹⁴⁴.

A partir de estas dos interpretaciones constitucionales el orden prelatorio quedó consagrado primeramente –y exclusivamente- con la Constitución histórica de 1853 en la cúspide del ordenamiento jurídico. En un estrato jerárquicamente inferior, luego se observarían los tratados internacionales –aprobados conforme a la metodología constitucional-, y posteriormente las leyes internas y subsiguientemente el resto del ordenamiento jurídico.

La reforma de la Constitución nacional de 1994 y la constitucionalización de la fuente externa del derecho.

La reforma de la Constitución nacional del año 1994 ha modificado el régimen de tratamiento y aprobación de ciertos tratados internacionales –de derechos humanos y de integración- como así también su rango o ubicación en el sistema jerárquico normativo. A causa de la dinámica internacional –claros desafíos del Siglo XXI-, el Estado nación se ve obligado a adoptar las cambiantes transformaciones de la región y el mundo.

De esta manera, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional luego de la reforma quedó redactado de la siguiente manera: “*Artículo 75. Corresponde el Congreso:*

Inciso 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder

¹⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Fibraca Constructora S.A. c/ Comisión Mixta de Salta Grande”, (Fallos 316:1669), julio 1993), confirmado luego en “Hagelin, Ragnar c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional” (Fallos 316:3176), diciembre de 1993. El subrayado es agregado.

Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional” (el subrayado es agregado).

La norma modificada transporta algunos de los instrumentos internacionales consignados previamente suscriptos por el Estado argentino –con más los que a futuro el legislador decida incorporar y dotar del máximo nivel jurídico- al nivel jerárquicamente supremo.

De esta forma y a partir de esta redacción **el máximo nivel de preponderancia jurídica se encuentra integrado por el texto escrito de la Constitución nacional y los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente en forma originaria (aquellos mencionados expresamente en el artículo 75, inciso 22) o derivada (aquellos que el legislador, con la mayoría calificada, decida elevar a tal rango supremo).**

Por otro lado, sostenemos que también comparten esta jerarquía jurídica la normativa derivada de aquellos órganos creados por los instrumentos internacionales que gozan del tal status. Empero, esta posición no encuentra uniformidad en la doctrina constitucional argentina tal como seguidamente será expuesto.

A este conjunto normativo se lo ha denominado “bloque de constitucionalidad”, “fórmula primaria de validez”¹⁴⁵, “regla de reconocimiento constitucional”¹⁴⁶, “bloque de pautas interpretativas obligatorias”¹⁴⁷ entre otras conceptualizaciones. Otro sector importante de la literatura ha desconocido o relativizado la paridad jerárquica de los tratados internacionales constitucionalizados en relación al texto supremo escrito¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Pizzolo, Calógero; “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 2006, 2006-D, 1023.

¹⁴⁶ Gil Domínguez, Andrés; La regla de reconocimiento constitucional argentina, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.

¹⁴⁷ Jiménez, Eduardo; “Los tratados sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos” en Revista Jurídica El Derecho, Buenos Aires, 163:900.

¹⁴⁸ Posición en la que prevalece con exclusividad la Constitución nacional argentina por sobre el resto del ordenamiento, aún con jerarquía constitucional a tenor del citado artículo 75 inciso 22 de la Constitución argentina: Badeni, Gregorio; “Soberanía y reforma constitucional”, Revista Jurídica El Derecho, 161:880; Hitters, Juan; “Algo más sobre el proceso trasnacional” en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (compilador); Derecho procesal constitucional, Editorial Porrúa, México, 2001, Tomo I, Pág. 805, entre otros.

La normativa derivada de los organismos internacionales de derechos humanos y su posición en el sistema jerárquico jurídico. Breve mención comparada a la integración regional.

Algunos de los tratados internacionales de derechos humanos prevén la constitución de organismos multilaterales de índole jurisdiccional y/o de producción de normas de alcance general.

¿Qué sucede con los productos normativos emanados por tales organismos en relación a su posición jerárquica dentro del sistema jurídico argentino? ¿Poseen jerarquía suprema-constitucional?

Y de ser afirmativo, es posible identificar este segundo interrogante, ¿qué norma prevalecería en un eventual caso de contradicción entre a) aquella proveniente del ordenamiento interno (Constitución nacional en su texto escrito), y b1) la proveniente del ordenamiento externo (instrumento internacional constitucionalizado (artículo 75 inciso 22), o b2) sus normas derivadas (jurisprudencia y demás normativa emanada por los organismos internacionales)?

Planteo de fórmulas lógicas de ordenamiento. Sus variantes.

Esquemáticamente y en cuanto a su posición jerárquica, es posible definir tres variantes lógicas planteadas a partir de las siguientes fórmulas:

i) $a) = b1) = b2)$

ó,

ii) $a) > (b1) = b2))$

y una tercera variante,

iii) $a) > b1) > b2)$

En donde “a)” comprende el texto escrito de la Constitución nacional, “b1)” los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 del texto supremo argentino), y “b2)” la normativa derivada de los organismos internacionales creados por estos últimos instrumentos internacionales.

Del esquema graficado y las fórmulas propuestas surge que la variante i) iguala jerárquicamente los tres tipos de normas. La variante ii), en cambio, posiciona la Constitución escrita por sobre los instrumentos internacionales y su normativa derivada (los cuales a su vez, éstos dos concurren en paridad jerárquica). Finalmente, la variante iii) ubica a la Constitución escrita argentina jerárquicamente por sobre los instrumentos internacionales, y a su vez éstas dos normas se sitúan por encima de la normativa derivada emanada por ellos.

Posturas y tesis en la doctrina y jurisprudencia.

La postura de la doctrina y la jurisprudencia argentina se divide en tres grandes vertientes, las cuales en su oportunidad hemos identificado y agrupado¹⁴⁹. Explicamos.

a) Postura de prevalencia del ordenamiento interno.

Esta idea postula que si bien la fuente externa del derecho consagrada en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional ha otorgado jerarquía suprema a determinados instrumentos internacionales, en el hipotético caso de conflicto en el cual colisionen una norma proveniente de una fuente suprema interna (texto escrito de la Constitución) y una proveniente de la fuente externa (un tratado jerarquizado constitucionalmente), prevalecería lo estipulado en la primera de ellas. Se enrolan en estas posiciones Gregorio Badeni¹⁵⁰ y Juan Hitters¹⁵¹, entre otros autores.

b) Postura de prevalencia del ordenamiento externo.

Esta doctrina supone que en caso de conflicto entre las normas antes confrontadas debería prevalecer la proveniente del ordenamiento externo. Ello bajo el fundamento de evitar que el Estado argentino incurra en responsabilidad internacional.

Juan Travieso, por ejemplo, entiende que la cuestión de la globalización, regionalización y los nuevos esquemas del mundo están obliterando las reflexiones porque es inevitable referirse al nuevo escenario que se presenta en un mundo que quiere dejar el siglo pasado y hacerse cargo de los problemas internacionales. También apunta que “En este nuevo escenario opera el derecho internacional que es aplicado en esos Estados por todos sus órganos. En todos los casos se haya presente el principio de la Convención de Viena por el cual el Estado no puede alegar su

¹⁴⁹ Cao, Christian; “El Estado y la legitimación activa en la acción de amparo ¿En resguardo de sus intereses o en defensa de los derechos?”, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 10 de diciembre de 2010.

¹⁵⁰ Badeni, Gregorio; “Soberanía y reforma constitucional”, Revista Jurídica El Derecho, Buenos Aires, t: 161:880.

¹⁵¹ Hitters, Juan; “Algo más sobre el proceso trasnacional” en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (compilador); Derecho procesal constitucional, Editorial Porrúa, México, 2001, Tomo I, Pág. 805.

derecho interno para incumplir las obligaciones internacionales. El Poder Judicial es una parte del Estado y por lo tanto ha sido, en general, muy cuidadoso con el cumplimiento de las normas de derecho internacional y así lo ha remarcado¹⁵².

c) Postura de paridad abstracta.

La tercera posición -eclectica, compleja en la cual nos enrolamos-, entiende que en caso de conflicto entre normas no resulta jurídicamente válido determinar en abstracto y *a priori* ninguna prevalencia de una norma de jerarquía suprema por sobre otra. Ambas concurrirían en pie de igualdad y correspondería al intérprete judicial decidir en cada caso concreto sobre la preferencia –sin desconocer la no preferida- casuística. Explicamos el fundamento.

En la Constitución nacional argentina y los tratados jerarquizados no existe ninguna norma que brinde una solución a la temática planteada que obligue a preferir la aplicación de una norma por sobre otra. De esta forma, tomar posición apriorísticamente a favor de una norma (sea la proveniente de la dimensión interna o externa del derecho) por sobre otra implicaría asumir posturas que no provienen del ámbito jurídico escrito.

Por ende, habrá que construir **una solución específica para cada caso jurisdiccional concreto complementando ambas normas, no desconociendo ni minimizando la fuerza normativa de ninguna y respetando los principios generales del derecho constitucional y los derechos humanos, en especial la diversidad de opciones que el derecho puede ofrecer.**

Avalan esta postura Germán Bidart Campos¹⁵³, Néstor Sagüés¹⁵⁴, Andrés Gil Domínguez¹⁵⁵, entre otros autores¹⁵⁶.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha presentado desde 1994 diferentes posiciones doctrinales, las cuales Andrés Gil Domínguez las ha agrupado y clasificado en cuatro tesis.

- I) La tesis de la compatibilidad: Sostiene que los Constituyentes reformistas de 1994 han realizado un juicio de comprobación y verificación (fuentes originarias).

¹⁵² Travieso, Juan; El derecho internacional público en la Corte Suprema de Justicia, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002, Pág. 24.

¹⁵³ Bidart Campos, Germán; El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004, Pág. 455.

¹⁵⁴ Sagüés, Néstor; “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, Revista jurídica La Ley, edición de 11 de agosto de 2010

¹⁵⁵ Gil Domínguez, Andrés; La regla de reconocimiento constitucional argentina, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, Pág. 68 y 70.

¹⁵⁶ Para ver nuestra postura sobre la jerarquía del derecho originario y derivado proveniente de la dimensión internacional y constitucionalizado en 1994, ver: Cao, Christian Alberto; “Control de constitucionalidad más control de convencionalidad. Un nuevo paso en la tutela de los derechos fundamentales”, Revista jurídica La Ley, edición del 24 de septiembre de 2010.

Posteriormente, los legisladores harán un juicio de comprobación y verificación de las fuentes derivadas¹⁵⁷.

- II) La tesis de la prevalencia de la fuente interna sobre la fuente externa: Entiende que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos (fuentes originarias y derivadas) tienen jerarquía inferior a la Constitución Argentina¹⁵⁸.
- III) La tesis de la aplicabilidad originaria y derivada: Asume que las fuentes interna y la externa convergen debiendo aplicarse -ante un caso concreto- el ámbito donde se subsume el supuesto de hecho¹⁵⁹.
- IV) La tesis de la prevalencia de la fuente externa sobre la fuente interna mediante la aplicabilidad: Justifica que las fuentes interna y la externa convergen debiendo aplicarse -ante un caso concreto- el mandato impuesto por un órgano supranacional¹⁶⁰.

¿Qué sucede con los tratados internacionales referidos a la integración regional?

En el plano de los tratados de integración, el artículo 75 inciso 24 incorporó lineamientos referidos a la delegación de competencias y jurisdicción a matrices supraestatales. Así, la norma constitucional actual dispone que corresponde al Congreso de la Nación:

“Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el

¹⁵⁷ Sentencias: “Chocobar, Sixto c./ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos” (Fallos 319:3241, año 1997) votos de los jueces Julio Nazareno, Guillermo López y Eduardo Moliné O’Connor.; “Monges, Analía c./ Universidad de Buenos Aires” (Fallos 319:3148, año 1997) votos: Julio Nazareno, Guillermo López, Eduardo Moliné O’Connor y Antonio Boggiano; “Petric, Domagoj c./ Diario Página 12” (Fallos 321:885, año 1998) votos: Eduardo Moliné O’Connor y Antonio Boggiano; “Cancela, Omar c./ Artear” (Fallos 321:2637, año 1998) votos: Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Guillermo López y Adolfo Vázquez; “Arce” (Fallos 325:534, año 1997) votos: Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos Fayt, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Enrique Petracchi, Guillermo López y Gustavo Bossert.

¹⁵⁸ Sentencias: “Petric, Domagoj c./ Diario Página 12” (Fallos 321:885, año 1998) votos: Augusto Belluscio y Guillermo Vázquez; “Mendez Valle” (Fallos 318:2639, año 1995) voto: Guillermo Vázquez; “Felliceti” (Fallos 323:4130, año 2000) votos: Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto Belluscio, Guillermo López y Adolfo Vázquez; “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3294, año 2004) votos: Carlos Fayt, Augusto Belluscio y Adolfo Vázquez.

¹⁵⁹ Sentencias: “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3294, año 2004) votos: Antonio Boggiano, Elena Highton de Nolasco, Juan Maqueda, Enrique Petracchi y Raúl Zaffaroni; “Vizzoti” (Fallos 327:3677, año 2004) votos: Enrique Petracchi, Augusto Belluscio, Carlos Fayt, Juan Maqueda, Raúl Zaffaroni, Antonio Boggiano y Elena Highton de Nolasco; “Aquino” (Fallos 327:5118, año 2004) votos: Enrique Petracchi y Raúl Zaffaroni; “Milone” (Fallos 327:4607, año 2004) votos: Enrique Petracchi, Antonio Boggiano, Juan Maqueda, Raúl Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco.

¹⁶⁰ Sentencia: “Espósito” (Fallos 327:5668, año 2004) voto Enrique Petracchi, Raúl Zaffaroni, Augusto Belluscio, Juan Maqueda, Antonio Boggiano y Elena Highton de Nolasco.

orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”

La reforma de la Constitución de 1994 recogió y canalizó los procesos jurídicos de globalización e integración regional de Estados operativizando su incorporación.

Así, la tesis dualista –que postula dos órdenes jurídicos autónomos, el interno y el externo– que imperaba en el antiguo texto histórico de 1853 parece ser reemplazado por el monismo jurídico que refiere a la unidad entre el derecho externo y el interno.

En nuestra opinión, esta última postura resulta más apropiada para hacer frente a los desafíos que presentan las problemáticas globales y regionales. Esto debido a que tales demandas precisan articular respuestas que, en lo que al derecho y el diseño de políticas públicas se refieren, establezcan relaciones y pautas de coordinación, cooperación e integración interestatal.

Lo expuesto se aplica aún a la variante de la “incorporación” de normas de un sistema a otro (interno al externo), tal como Antonio La Pégola ha resumido ambos esquemas, criticando por demás el argumento kelseniano del “reconocimiento” del derecho internacional al plano interno¹⁶¹.

En otro orden de ideas y en materia de derechos humanos o fundamentales reconocidos internacionalmente, la jurisprudencia argentina ha interpretado –no sin zigzagueos, según la conformación del órgano judicial– su posición jerárquica a partir de conceptos tales como “condiciones de su vigencia” y complementariedad¹⁶² de las fuentes interna y externa.

Sin embargo es mayoritaria la postura que entiende que a partir de la reforma del año 1994, la Constitución argentina expandió y compartió su jerarquía suprema con determinados

¹⁶¹ La Pégola, Antonio; Constitución del Estado y normas internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985 [reedición y traducción de: *Constitutuzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961], Pág. 59 y ss.

¹⁶² “Petric, Domagoj c./Página 12” (Fallos CSJN 318:2639), 1995, “Arce” (Fallos CSJN 320:2145), 1997; “Fellicetti” (Fallos CSJN 323:4130) 2000, “Casal” (LL 2005-F-110), septiembre de 2005 entre otros. Para el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina hasta el año 2007, ver Gil Domínguez, Andrés; La regla de reconocimiento constitucional argentina., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, Pág. 90 a 141.

instrumentos internacionales (enumerados en su artículo 75 inciso 22) e incluso dejó abierta dicha difusión a futuras incorporaciones a partir del otorgamiento de tal jerarquía en forma derivada a tratados internacionales conforme al último párrafo del ese inciso.

En cambio en dicha reforma a la norma suprema los constituyentes han optado otorgar supremacía supralegal –y no constitucional- a la normativa derivada regional. Textualmente, el artículo 75 inciso 24 de la Constitución nacional dispone en su parte pertinente que “*Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes*”. Si bien del texto se destaca la precisión del respeto al orden democrático y a los derechos humanos –a los fines de la integración regional-, el desarrollo del proceso se enfrenta a un desafío difícil de alcanzar, atendiendo su redacción actual: la plena aplicación de los principios del derecho comunitario, en relación con el ordenamiento interno argentino.

Conclusiones comparadas. La posición de la normativa internacional en España y Argentina.

De la comparación de los modelos jurídicos español y argentino hemos arribado a las siguientes conclusiones.

Ambos esquemas jurídicos carecen de posturas doctrinarias unánimes y jurisprudencia pacífica que clarifiquen por completo la posición jerárquica del tratado internacional (sea de reconocimiento de derechos fundamentales o de integración regional) respecto al texto escrito de la Constitución nacional.

En España, parte de la doctrina suele alegar –como se ha expuesto- sobre la subordinación jerárquica del tratado internacional a la Constitución española. Por lo tanto los instrumentos internacionales válidamente suscriptos por el Estado español son, para la gran parte de la doctrina constitucional, fuente del derecho con rango de ley. El Tribunal Constitucional español ha avalado tal interpretación en la jurisprudencia antes reseñada. En el marco de la atribución de competencias a organizaciones internacionales, el artículo 93 de la Constitución española, establece las pautas rectoras.

Otro grupo de autores, en cambio, robustecen la posición superior de la normativa internacional. Por un lado, algunos se inclinan por evitar los conceptos de “infraconstitucionalidad” o “supraconstitucionalidad” de las normas internacionales respecto el texto constitucional español. Alguna literatura afirma por su parte que la Constitución española no es suprema sino que la dialéctica primacía-supremacía se reduce en una cuestión de aplicación preferente o que la supremacía se mueve en el terreno de la ordenación jerárquica de las normas, mientras que la primacía hace referencia a la aplicación de las normas. Inclusive se ha argumentado que no existe una solución expresa para esta situación, salvo la afirmación

jurisprudencial de la primacía como criterio guía e intérprete de la relación con el derecho nacional.

Un sector doctrinario añade que si bien la Constitución española no declara de modo directo la primacía del derecho internacional convencional, dicha primacía se afirma de forma indirecta pero inequívoca en el párrafo final del artículo 96 inciso 1 del texto español. Como se ha expuesto anteriormente, se observa jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que también avala esta posición.

A la fecha, el debate jurídico español no ha sido completamente salvado.

En el caso argentino la situación doctrinaria es similar. La reforma de 1994 ha expresado la posición jerárquica de los instrumentos internacionales (como se ha dicho, instrumentos con jerarquía constitucional: artículo 75 inciso 22; y sin jerarquía constitucional pero superior a las leyes: artículo 75 inciso 22 primera parte y artículos 27 y 31 y artículo 75 inciso 24 respecto al derecho de la integración regional)

Sin embargo, la literatura constitucional no es unánime al respecto. Como se ha observado, mientras algunos autores sostienen que los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente se encuentran en la misma posición jerárquica que el texto escrito de la Constitución argentina, otros alegan que en su jerarquía es inferior (principalmente en caso de conflicto). Alguna postura incluso sostiene que los instrumentos internacionales de derechos humanos enriquecidos con la jerarquía suprema deben ser considerados prevalentes al texto constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha avalado las tres posturas por lo cual el debate tampoco ha sido claramente resuelto.

El interrogante se profundiza aún más al momento de evaluar la posición jerárquica de la normativa y jurisprudencia internacional derivada emanada por los órganos internacionales creados por dichos tratados.

En concreto y como conclusión, **tanto en España como en Argentina no se observa a la fecha claras y unánimes posturas doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la interpretación de la jerarquía que poseen los instrumentos internacionales** (sean de derechos fundamentales o de integración regional), ni de su normativa o jurisprudencia derivada, respecto el texto escrito constitucional.

4. Derecho, economía y factores de poder. Constitución política y Constitución económica. ¿Transformación o interrelación?

Hasta aquí se ha dicho que el constitucionalismo clásico y su posterior desarrollo prestaron particular atención –casi exclusiva– al control político y a la reglamentación del poder, especialmente las generadas en las relaciones verticales.

Se ha dejado entrever, no obstante, que ciertas pautas económicas fueron incorporándose lentamente a los sistemas normativos e interpretativos constitucionales de los Estados. Sin embargo, aquel movimiento constitucional centró su objeto en los límites al poder político y en la vigencia de las libertades fundamentales. Ello atento a que la estructuración de ese poder público se complementa con el reconocimiento de derechos fundamentales y garantías para su actuación, debido a que los primeros definen (positivamente) los valores jurídicamente protegidos¹⁶³ y se complementan con la limitación antes señalada.

Los derechos fundamentales fueron, entonces, expresados como valores jurídicamente tutelados que por su destacado interés social y político se los eleva a un nivel protectorio supremo, dotándolos de los blindajes típicos que toda cláusula constitucional prevé.

Junto al desarrollo de las sociedades y su complejidad creciente, las demandas de índoles sociales “conquistaron” nuevos valores que paulatinamente encontraron andamiaje y reconocimiento positivo en casi todos los textos constitucionales. En muchas ocasiones han sido receptados de manera casi idéntica, sin perjuicio de su disímil efectividad, reproduciendo una metodología que desde alguna postura crítica se la denominó “esperanto constitucional”¹⁶⁴.

En la primera parte del Siglo XX el constitucionalismo social y sus demandas abrieron camino a una nueva estructura jurídica mediante la incorporación de valores fundamentales que incluían la tutela a los titulares de un nuevo **factor de producción: el trabajo**. Pero de alguna forma, este factor de producción económica confrontaba con el **capital** y la **tierra** que ya habían encontrado apego jurídico en el derecho de propiedad privada y su libertad de disposición.

De esta forma, la economía –y sus relaciones de intercambio de bienes y servicios– iban progresivamente adquiriendo un interés y poderío económico que el derecho –como disciplina reguladora de las conductas humanas– debía considerar.

¹⁶³ Ver, von Ihering, Rudolf; La lucha por el derecho, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1881 [1872]. “Cuanto más estimamos un bien, mayor es nuestro cuidado para conservarlo. La sociedad obra de igual modo cuando se trata de proteger jurídicamente sus condiciones de vida, que constituyen los bienes sociales” (Pág. 303). Ver también, del mismo autor, El fin en el derecho, Rodríguez Serra Editor, Madrid, 1968 [1883].

¹⁶⁴ De Cabo Martín, Carlos; “El sujeto y sus derechos”, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, nº 7, primer semestre del 2001, Pág. 117. También, del mismo autor; La reforma de la Constitución desde la perspectiva del sistema de fuentes del derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

En términos de derechos, ¿cómo conciliar el creciente aumento de bienes jurídicos protegidos (primeramente civiles y políticos, luego económico-sociales) en un solo modelo sistémico?

Desde la academia –aunque también en la norma y la jurisprudencia- se ha recurrido a su clasificación, utilizando múltiples formatos. En ocasiones, tal ordenamiento sistémico alcanzó a desvirtuar el concepto integral del modelo que conforman: el conjunto de derechos fundamentales reconocidos en una Constitución. Veamos.

Karel Vašák, por ejemplo, acuñó las clásicas tres generaciones de derechos humanos en razón de su surgimiento temporal¹⁶⁵. Desarrollos y aportes literarios posteriores desplegaron una cuarta generación de derechos¹⁶⁶. En su concepción originaria, esta clasificación de derechos importaba una suerte de “jerarquía” de una generación de valores por sobre otra.

Otras clasificaciones genéricas de derechos humanos, constitucionales o fundamentales atienden al enunciado (derechos explícitos e implícitos), al sujeto amparado (ciudadanos, extranjeros, trabajadores, gremios y sindicatos, presos y condenados, mujeres, niños, niñas y adolescentes, ancianos y discapacitados, indígenas y hasta aquellas personas que aún no existen: “las generaciones futuras”) o a diversos factores diferenciadores (por ejemplo, derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno y derechos provenientes de la dimensión internacional de los derechos humanos)

En este trabajo de tesis se ha optado por utilizar la **clasificación de derechos en razón de su contenido**. Ello por cuanto consideramos que representa de manera más rigurosa el **carácter integral, progresivo, vinculante y plenamente exigible de la totalidad de derechos reconocidos por cada ordenamiento**.

Por otro lado, su **atemporalidad** se planta como un válido óbice para las posturas que pretenden introducir eventuales preferencias o jerarquías dentro del propio espectro de derechos clasificados, aunque se debe reconocer que se han esgrimido ciertas excepciones –basadas en otros criterios- que más adelante serán ampliamente expuestas, tanto en el ordenamiento constitucional español como en el argentino.

¹⁶⁵ Vašák, Karel (editor); Las dimensiones internacionales de los derechos humanos, Serval, Barcelona, 1984.

¹⁶⁶ En España utilizan esta última categoría de derechos, entre otros: Navas Castillo, Antonia y Navas Castillo, Florentina; Derecho constitucional: Estado constitucional, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, Pág. 319; Peces-Barba Martínez, Gregorio; Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofía jurídica y política, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, Págs. 65 y 139; Pérez Luño, Antonio; La tercera generación de derechos humanos; Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, “La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada”, en Revista Isegoría, Instituto de Filosofía del CSIC, n° 22, Madrid, 2000, Pág. 63, “Las generaciones de derechos fundamentales”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n°. 10, Madrid, 1991, Págs. 203 a 217.

En Argentina: Cafferata, Néstor; Introducción al derecho ambiental, Instituto Nacional de Ecología, Buenos Aires, 2004, Pág. 25; Jiménez, Eduardo; Derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001, tomo II; Morello, Augusto; “Los derechos del hombre de las tercera y cuarta generaciones”, en Estudios de derecho procesal: nuevas demandas, nuevas respuestas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, vol. 2, Pág. 943-951, entre otros.

Si bien la utilidad de la clasificación es netamente didáctica, esta clasificación de derechos – en razón de su contenido- es utilizada en España por Antonio Pérez Luño¹⁶⁷, Luis Prieto Sanchís¹⁶⁸, entre otros, y en Argentina, por Germán Bidart Campos¹⁶⁹, Néstor Sagüés¹⁷⁰ y Gregorio Badeni¹⁷¹, entre otros¹⁷².

Así, es posible identificar y a la vez clasificar derechos de contenido:

- a) Civil;
- b) Político; y
- c) Económico, social y cultural.

Como anteriormente ha sido expuesto, las constituciones clásicas perseguían un objetivo principal: limitar el poder político del Estado y, ergo, reconocer los derechos fundamentales. Poco referían a la cuestión económica y menos a la dimensión social.

De allí que la consagración tradicional sobre los derechos civiles y políticos buscaban proteger principalmente la libertad, la igualdad y la participación política en la toma de decisiones públicas. Incluso estas libertades sido englobadas en una misma categoría por algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, como por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en el mes de diciembre del año 1966¹⁷³.

Los aspectos económicos de la libertad se traducían principalmente en la libertad de propiedad, en cuanto a su garantía institucional y su posibilidad de disposición, como más adelante será explicado. Pero las relaciones entre Constitución y economía –y por lo tanto entre Constitución y poder económico- son mucho más recientes temporalmente.

Derecho constitucional y economía: Hacia la Constitución económica. La introducción de la cuestión económico-social.

En el Siglo del nacimiento de las constituciones, o de su generalización y culminación en el mundo occidental, la norma fundamental se centraba, se ha dicho, en la ordenación del poder

¹⁶⁷ Tomando como punto de referencia la dicotomía clásica: libertades públicas-derechos sociales. Pérez Luño, Antonio; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Pág. 171,

¹⁶⁸ Prieto Sanchís, Luis; “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 1995, n° 22, Pág. 22.

¹⁶⁹ Bidart Campos, Germán; Manual de la Constitución reformada, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997, 3 tomos.

¹⁷⁰ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, 2 tomos.

¹⁷¹ El autor utiliza principalmente el concepto de libertades –por sobre el de derechos-, para realizar la misma clasificación. Badeni, Gregorio; Tratado de derecho constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, 2 tomos.

¹⁷² Ver, por ejemplo, la posición sugerida por Víctor Abramovich y Christian Courtis en: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian; Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002.

¹⁷³ Suscripto, ratificado y depositado por España en el mes de abril de 1977 y Argentina en febrero de 1968 y agosto de 1986 respectivamente.

político. Poco o nada se decía sobre el poder económico, que tanta importancia adquiriría con posterioridad.

Ese poder económico que en palabras de Maurice Hauriou se podía asimilar al “gobierno indirecto de los hombres por la posesión o la administración de las cosas”¹⁷⁴. El autor evidencia claramente la íntima relación existente entre la posesión de bienes (o propiedad, en términos jurídicos) y el ejercicio del poder.

Con atino, Diego López Garrido encuentra paradójico que el liberalismo decimonónico haya quebrado con el sistema económico del Antiguo Régimen, pero esas “constituciones están ciegas ante la realidad económica y, por tanto, ésta no se proyecta en el interior de aquel mundo”¹⁷⁵.

Histórica y sociológicamente, los derechos civiles y políticos han sido una de las conquistas logradas por la burguesía que encontraba –y demandaba- un protagonismo y ascenso político-social cada vez mayor. Justamente, Pablo Lucas Verdú cataloga al constitucionalismo clásico como un movimiento jurídico-burgués¹⁷⁶.

Los ejemplos típicos de la época son los derechos políticos o de participación política en la toma de decisiones públicas y las libertades de propiedad y de comercio e industria. Tanto la libertad de propiedad como la libertad de empresa poseen un núcleo económico, pero su esencia radica en el carácter individual de la libertad civil: el derecho de poseer y usar y disponer libremente de cierto bien material¹⁷⁷ con fines de reproducción económica. Más adelante en este trabajo serán analizados bajo una metodología comparada los derechos económicos-sociales de los ordenamientos constitucionales de **España y Argentina**.

El ordenamiento jurídico de antaño no buscaba regular estas cuestiones económicamente sino civilmente –además, consagrándolas de manera absoluta-, es decir limitando la intervención del Estado en la materia. La economía pública (economía política) era así considerada eminentemente privada y desregulada, casi fuera del margen jurídico. Empero, los textos constitucionales sí se ocuparon de garantizar la existencia del mercado único en donde podrían interactuar las libres voluntades para los intercambios de bienes y servicios.

Ahora bien, durante el Siglo XX, y principalmente en su segunda mitad, las **relaciones entre el derecho y la economía** viraron en forma diametral y recobraron un interés superlativo. Ello ocasionó nuevas tensiones sociales que obligaron a reconsiderar la amplitud y el alcance de las libertades económicas que el constitucionalismo clásico había conquistado, añadiendo nuevos valores antes desestimados.

¹⁷⁴ Hauriou, Maurice; Principios de derecho público y constitucional, Editorial Comares, Granada, 2003 [1923], Pág. 165.

¹⁷⁵ López Garrido, Diego; “Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica”, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto de 1993, nº 15, Madrid, Pág. 80.

¹⁷⁶ Lucas Verdú, Pablo; Principios de ciencia política, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, tomo II, Pág. 50.

¹⁷⁷ Sin embargo, ciertos textos constitucionales de antaño ya concebían la protección de los derechos de propiedad intelectual, como por ejemplo el texto argentino del año 1853 que más adelante será analizado.

El actor preponderante en este movimiento denominado Constitucionalismo social fue encarnado por un colectivo en creciente ascenso que disponía de un factor económico de producción: las personas asalariadas (individual y colectivamente concebidas) y su trabajo.

La búsqueda de la justicia social, la solidaridad y la conciencia de clase fueron denominadores comunes que alcanzaron a la mayoría de los Estados constitucionales de occidente.

De esta manera, la imbricación entre los derechos económicos liberales y los derechos sociales robustecieron el concepto económico-social de las constituciones modernas o reformadas.

El caso de la Constitución española del año 1978 (artículos 39 a 52) o las reformas constitucionales argentinas de 1957 (artículo 14 bis) y 1994 (artículos 42, 43, 75 inciso 19, entre otros) son ejemplos paradigmáticos de la recepción de dichos principios. Con anterioridad a esos textos, otras constituciones no vigentes en la actualidad también recogieron tales lineamientos, como el caso de la Constitución de Weimar de 1919¹⁷⁸, la Constitución española de 1931¹⁷⁹, en Europa; y la Constitución de Argentina de 1949 y Brasil de 1934 en América del sur.

Actualmente, la recepción de la regulación de un orden socioeconómico se observa y resulta indiscutido en la gran mayoría de los textos constitucionales. Como lo notan Germán Bidart Campos y Walter Carnota, el constitucionalismo contemporáneo se ocupa y se preocupa por todo lo atinente a los condicionamientos económicos-sociales y financieros del Estado¹⁸⁰.

Inclusive, en los textos constitucionales contemporáneos se han agregado **pautas limitadoras al endeudamiento público** (o “estabilidad presupuestaria”), como el establecido en los artículos 109 y 115 de la Constitución alemana en el año 2009 y el artículo 135 de la Constitución española en el año 2011. Esta temática será desarrollada más adelante en el presente trabajo.

El desarrollo de las actividades económicas y productivas basadas en las garantías de la propiedad privada y la acumulación del capital modificó el esquema de poder clásico erigiendo vigorosos actores privados que determinaban gran parte de la vida social.

De esta forma, **la Constitución está llamada a fijar reglas y articular los nuevos factores de poder –ahora no sólo políticos, sino también económicos- hacia el bien común.** El nuevo eje constitucional ha mutado entonces desde la búsqueda de la limitación del poder político – antes ejercido despóticamente por el absolutismo- hacia la regulación de los factores económicos, sin que ello implique el abandono del primero.

¹⁷⁸ Ver artículos 151 a 165, entre otros.

¹⁷⁹ Ver artículos 43 a 50, entre otros.

¹⁸⁰ Bidart Campos, Germán y Carnota, Walter; Derecho constitucional comparado, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, tomo II, Pág. 257.

Sobre este punto, Martín Bassols Coma entiende que el constitucionalismo actual alberga un dualismo: la Constitución política, es decir el estatuto jurídico fundamental del poder político, y la Constitución económica que atiende la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que están implicados los ciudadanos y el Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica¹⁸¹.

La interpretación correcta del ordenamiento jurídico –y dentro de ello el ordenamiento infraconstitucional de índole económico- debe darse conforme a la norma fundamental y sus derechos allí reconocidos.

En palabras de Konrad Hesse, la interpretación de la norma conforme a la Constitución es sinónimo de la ley (sea de índole política, económica, social, entre otros) sometida al control y al contenido de ésta¹⁸². A partir de ese concepto fueron elaboradas diversas construcciones argumentativas.

Para Ramón Peralta Martínez la Constitución normada presupone “la normatividad, la Constitución real o material”. Por lo tanto, el ordenamiento socioeconómico infraconstitucional debe ajustarse e interpretarse de conformidad con la norma constitucional¹⁸³. **Si, como se ha expuesto y demostrado anteriormente, en las sociedades contemporáneas el Estado y la economía se encuentran íntimamente relacionados, es el derecho –en su faz regulatoria, como manifestación de la voluntad general pero en el marco de la ley fundamental- el instrumento acorde para añadir el valor justicia a la sociedad.**

Juan Cotarello García sintetiza las dimensiones expuestas y estima que una propuesta para solucionar la aparente heterogeneidad del concepto de Constitución, “consiste en situar a la Constitución política y la Constitución económica como partes integrantes equivalentes de un concepto omnicomprensivo de Constitución, que se podría calificar como Constitución social”¹⁸⁴.

Así, “Constitución política” y “Constitución económica” son dos caras de una misma realidad jurídica contemporánea.

La trascendencia de las relaciones entre el derecho de la Constitución y la economía, rodeados de los factores de poder (político y económico), justifica la utilización –y el

¹⁸¹ Bassols Coma, Martín; Constitución y sistema económico, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, Págs. 16 y 17.

¹⁸² Hesse, Konrad; Escritos de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Pág. 54.

¹⁸³ Peralta Martínez, Ramón; La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, Pág. 33.

¹⁸⁴ Cotarello García, Juan; “El concepto de Constitución económica y su aplicación en la Constitución española de 1978”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, tomo I, Pág. 131.

estudio en la presente tesis- del concepto, muchas veces olvidado o denostado de la “Constitución económica”.

Una “Constitución económica” que acota el contenido de su estudio a las relaciones socioeconómicas, pero que en su concepción, valoración e interpretación **se integra *in totum* con la Constitución** en su esencia única. **Por lo tanto, no se busca disociar ni segmentar la Constitución integral en una “Constitución económica” para revalorizarla o relativizarla, sino aislarla teóricamente del resto del ordenamiento supremo a los fines de facilitar y auxiliar su estudio jurídico.**

De esta manera, seguidamente definiremos el concepto de Constitución económica –o bien, socioeconómica- indagando sobre su historicidad, posicionamiento y tendencia en las cartas constitucionales contemporáneas.

5. Definición de Constitución económica o socioeconómica: diferentes posturas.

Consolidados los Estados constitucionales y ante la revitalización de las cuestiones socioeconómicas, fueron acuñados los conceptos “Constitución económica”, “Constitución socioeconómica”, “orden económico” o sus similares, para determinar las nociones y elementos de contenido socioeconómico que forman parte del sistema jurídico supremo.

Las variantes al término utilizadas han sido múltiples, y no faltan posturas que maximizan o atenúan la preponderancia de uno por sobre otro (Constitución y economía). Sin embargo la mayoría de las definiciones refieren –con mayor o menor amplitud- a la determinación y regulación del poder económico público y privado por parte de la Constitución.

La frondosa bibliografía **española** y, en menor medida, la **argentina** en la materia se divide en tres grandes posturas, en atención a la orientación que le imponen a la Constitución económica.

Algunas posiciones centran la limitación de las actividades económicas en el marco del reconocimiento de derechos fundamentales económicos y sociales de las personas. Tales voces provienen en general del constitucionalismo contemporáneo y su denominador común es la satisfacción de las necesidades económicas y sociales.

Otras nociones parten de la autolimitación estatal en la intervención económica. Las posturas regulatorias se ocupan así en forma pormenorizada de la justificación, los modos, técnicas y mecanismos de las restricciones al poder económico. En muchas ocasiones su origen forma parte del denominado “análisis económico del derecho”, la economía política y en ocasiones el derecho administrativo regulatorio.

En tercer lugar y frente a estas variantes, algunos otros autores inclusive se inclinan por rechazar la utilización del término por impropio.

En nuestra posición, un esbozo de definición de Constitución económica ajustado al Estado constitucional debe contener dos elementos que, en forma complementaria, maximizan las libertades y derechos fundamentales y a la vez limitan el poder (económico, en este caso): el reconocimiento de derechos por un lado y la regulación del poder económico por el otro.

Las diferentes posturas relevadas en los casos de la literatura jurídica de **España** y **Argentina**, serán desarrolladas a continuación, no sin antes indagar acerca de la utilidad de la utilización del concepto “Constitución económica” o “Constitución socioeconómica”.

La utilidad del concepto Constitución socioeconómica. Críticas y réplicas en la doctrina española y argentina.

Desde algunas posiciones de la doctrina **española** y **argentina** se ha señalado que el concepto de Constitución económica –y por ende también lo sería el de Constitución socioeconómica- no resulta procedente en cuanto su utilización, por ser perturbador o superfluo¹⁸⁵, impropio¹⁸⁶, inespecífico e inoportuno,¹⁸⁷ o aún confuso¹⁸⁸.

Sin embargo, **desde nuestra postura abogamos por la utilidad del uso del concepto a los efectos explicativos o expositivos** del conjunto o bloque que compone las normas constitucionales eminentemente socioeconómicas, que tiene por finalidad ordenar el sistema económico y que en concreto deben interpretarse en forma armónica con el resto del ordenamiento supremo. Lo justificamos de la siguiente manera.

En primer lugar, la crítica prescriptiva parece confundir –por asimilación- el contenido de la Constitución económica con su ideología, y a la vez indirectamente omite la “fuerza vinculante” de la Constitución material y su conexión con la Constitución formal (el término correcto sería Constitución, a secas¹⁸⁹). Explicamos.

Por un lado cada texto supremo contiene –implícita o explícitamente- una Constitución socioeconómica que puede o no decantarse por un modelo económico. Ambos elementos son diferentes y no deben confundirse. Uno es jurídico-normativo (Constitución socioeconómica) y el otro es ideológico-económico (modelo económico). La norma jurídica es la nave y su contenido es el timón. Continuando con la metáfora, el rumbo o dirección de la navegación será el destino a seguir. Pero la norma constitucional es la que siempre “ordena” y “dirige” a la economía (o al modelo económico) a partir del reconocimiento de sus derechos, principios fundamentales y elementos de intervención pública.

Por otro lado, pretender desconocer y subestimar el poder real o fuerza normativa de la Constitución en el sentido material conduce, en nuestro parecer, a un riesgo de entender la

¹⁸⁵ Cidoncha, Antonio; La libertad de empresa, Editorial Thompson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, Pág. 75.

¹⁸⁶ Albertí Rovira, Enoch; “La Constitución económica de 1978. (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española), en Revista española de derecho constitucional, nº 71, mayo-agosto de 2004, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 128. También, del mismo autor Autonomía política y unidad económica, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, Págs. 186 y ss.

¹⁸⁷ Albertí Rovira, Enoch; Autonomía política y unidad económica, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, Págs. 192 y ss.

¹⁸⁸ Cionfrini, Ernesto; “Constitución y sistema económico en la Ciudad de Buenos Aires”, en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (directores); Instituciones de la Ciudad de Buenos Aires, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, Págs. 217 y ss.

¹⁸⁹ Ampliar en: Mortati, Constantino; La Constitución en sentido material, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000[1940]. En otra posición: Jiménez Campos, Javier; “Contra la Constitución material”, en AA.VV.; Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, tomo I, Págs. 44 y ss.

norma en sentido formal y por ende restarle fuerza vinculante. Frente a esto, una de las irrupciones del neoconstitucionalismo (sea teórico, ideológico o metodológico, conforme la clasificación elaborada por Paolo Comanducci¹⁹⁰) radica en, entre otras ideas, entender al texto supremo como norma vinculante con fuerza normativa propia.

En segundo lugar, la crítica descriptiva también califica como superflua o innecesaria la utilización del término Constitución socioeconómica¹⁹¹. Tales criterios sostienen, por ejemplo, que “la propia existencia de una Constitución se convierte en el fundamento de la unidad económica, y el concreto contenido de las reglas que incluye dan medida de tal unidad, su concreta configuración”¹⁹².

Resulta cierto que la utilización del concepto Constitución económica –e incluso Constitución política– podría hipotéticamente habilitar el uso de conceptos similares que presuntamente (si bien sólo desde la aplicación práctica) atenten contra la unidad de la norma. A modo de ejemplo, podrían citarse los modelos de Constitución laboral, Constitución ambiental o Constitución financiera, por ejemplo. Además, con sus subclasificaciones, Constitución salarial, Constitución energética sustentable o Constitución tributaria, respectivamente.

¿Encuentra un razonable límite semejante (sub)construcción doctrinaria? Creemos que sí, y lo identificamos de la siguiente forma:

La utilización de la terminología adaptada se legitima a partir de la consideración fáctica y valorativa de las cuestiones que la realidad social problematiza. En la verificación de esta hipótesis a la luz del concepto “Constitución socioeconómica”, el razonamiento transcurre de la siguiente forma.

En las sociedades actuales –al menos en occidente–, diversificadas, masificadas, complejas y con preponderancia en las economías de mercado, ¿la problemática económica y social se presenta como realmente relevante en ámbito del tratamiento constitucional?

¹⁹⁰ Comanducci, Paolo; Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en Revista Isonomía, nº 16, México, abril 2002, Págs. 90 y ss., para una categorización de la escuela neoconstitucionalista en teórico, ideológico y metodológico. También, entre otros, Guastini, Riccardo; Lecciones sobre teoría del Estado, Editorial Comunitas, Lima, 2010; Zagrebelsky, Gustavo; El derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid, 1995; En **España**; Prieto Sanchís, Luis; “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (editor); Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2007; del mismo autor; Justicia constitucional y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2003; Bernal Pulido, Carlos; El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2009. En **América**: Carbonell, Miguel (compilador); Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid, 2003; Gil Domínguez, Andrés; Escritos sobre neoconstitucionalismo, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009; y del mismo autor Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005; entre otros.

¹⁹¹ En **España**: Albertí Rovira, Enoch; Autonomía política y unidad económica, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, Págs. 192 y ss. En **Argentina**: Cionfrini, Ernesto; “Constitución y sistema económico en la Ciudad de Buenos Aires”, en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (directores); Instituciones de la Ciudad de Buenos Aires, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, Págs. 217 y ss.

¹⁹² Albertí Rovira, Enoch; Autonomía política y unidad económica, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, Págs. 178.

La respuesta debería ser afirmativa. Al menos desde principio del Siglo XX la temática social –*Welfare State*– se constituye como uno de los aspectos centrales hacia los que están dirigidos los más recientes reconocimientos sobre derechos humanos. En esta inteligencia, ello justifica **deslindar a los efectos didácticos científico-expositivos el concepto de Constitución socioeconómica, advirtiendo siempre que su instrumentación fáctica debe ser interpretada íntegramente con el texto supremo.**

Presentamos otro ejemplo para su demostración y verificación científica: la posesión de armas por parte de la sociedad civil. Es decir, esa temática ¿posee tal entidad que amerita acuñar un subconcepto constitucional como el antes construido? Veamos.

Es cierto que en algunos textos constitucionales la tenencia de armas se reconoce en forma expresa. A modo de ejemplo, la Segunda Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América de 15 de diciembre de 1791 –*Bill of Rights*– aún vigente establece que siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se restringirá el derecho del pueblo a poseer y portar armas¹⁹³. Otras cartas supremas mencionan el asunto, aunque sin reconocerle carácter de derecho fundamental.

Por ejemplo la Constitución española de 1978 (competencias exclusivas del Estado, artículo 149 inciso 26 del texto supremo) y la Constitución argentina de 1853 (obligación de armarse en defensa de la patria y la Constitución, artículo 21 de la constitución nacional).

Pero, tal como ha sido planteado interrogativamente, esa temática ¿adquiere tal entidad axiológica y sociológica que induzca a acuñar el inédito concepto “Constitución de las armas”, “Constitución armamentista” u otro similar que se prefiera adoptar?

A tenor del análisis sociológico-jurídico la respuesta debería ser, en la actualidad y en las realidades culturales de España y Argentina, negativa. O al menos inapropiada, a la luz de los valores que ambos ordenamientos propugnan y resguardan tanto interna como externamente: el derecho y la búsqueda de la paz.

Por todo lo expuesto, se debe rechazar todo “riesgo” de legitimar acepciones al término que no respondan a las demandas y valores que expresa una sociedad en determinado momento traducidas en su texto constitucional. De esta forma, el estudio sociológico de cada caso concreto dará cuenta de lo apropiado o no del concepto, siempre considerando –como ha sido afirmado líneas arriba– la omnicomprensión o la visión en global del paradigma constitucional.

Nótese que cuando aludimos a la Constitución socioeconómica inevitablemente nos referimos a la cuestión de los derechos fundamentales que ella contiene. En esto nos diferenciamos de las posiciones que aluden meramente al “orden económico” o similares remitiendo únicamente al conjunto de normas constitucionales sobre la economía –aunque

¹⁹³En su redacción original: “*A well regulated Militia being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed*”.

pretendan limitar el poder económico a partir de instituciones orgánicas- sin considerar los derechos socioeconómicos fundamentales.

Por lo tanto, el poder económico y las actividades socioeconómicas se limitan por la actividad interventora del Estado a partir de las directrices constitucionales, pero el “límite a esas limitaciones” debe ser evaluado considerando los derechos fundamentales como punto de partida de toda construcción doctrinaria.

Finalmente, y como último argumento ¿cuál sería el obstáculo que presentaría la construcción de un (sub) término constitucional que escinda parte de la Constitución a los efectos científicos?

Si se sostiene que tal análisis radica únicamente en el estudio académico a los efectos de enriquecer su contenido, y a la vez se considera –al momento de su aplicación empírica- la unidad del sistema constitucional, la problemática parecería ser más aparente que real.

Seguidamente serán expuestas algunas de las posturas que desde la doctrina y la jurisprudencia en los casos de **España** y **Argentina** han sido esbozadas sobre el concepto bajo análisis.

La Constitución económica en España.

La literatura constitucional española del Siglo XX refiere al concepto “Constitución económica” con asiduidad, sin perjuicio que en ocasiones se empleen diferentes términos para significar criterios similares. Veamos.

Una de las primeras y categóricas acepciones del concepto ha sido la trazada por Manuel García Pelayo. De ella se derivó gran parte de la jurisprudencia posterior al texto de 1978 y logró instalar –o reinstalar- el consecuente debate sobre el modelo socioeconómico-constitucional español.

Para el autor, la Constitución económica son las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o para el orden y el regreso económico. Son entonces parámetros básicos y privados que encuentran entre sus elementos mínimos el establecimiento del tipo de propiedad, las formas de relación entre actores económicos y la distribución de atribuciones entre el Estado y los actores y entidades económicos¹⁹⁴.

En otro orden de ideas y asimilándolo al concepto “orden económico constitucional”, cierta literatura entiende por Constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y

¹⁹⁴ García Pelayo, Manuel; “Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución”, en Ramírez Manuel (editor); Estudios sobre la Constitución española de 1978, Editorial Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, Págs. 31 y 32.

reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país según lo dispuesto por su constitución.

Para Gaspar Ariño Ortiz, por ejemplo, este orden pretende garantizar la existencia de una sociedad libre mediante una economía abierta y competitiva¹⁹⁵.

Paradójicamente esta definición pretende garantizar un juego de libertades –que en su exégesis se podría asimilar a un espigón de derechos- a partir de la autolimitación del Estado en la economía. Esa postura parecería ser acotada y restrictiva a la luz de los avances interpretativos del fundamento y particularmente del sistema de protección de los derechos fundamentales. De hecho y de remontarse a fines del Siglo XVIII, Georg Jellinek ya había diseñado una teoría similar para justificar los derechos públicos subjetivos y su teoría de los *status* correspondientes¹⁹⁶.

En otra línea argumental diferente, para María Luisa Balaguer Callejón el concepto de Constitución económica configura directamente un modelo de Estado. En el caso español, la autora critica la inexacta correspondencia entre la afirmación del artículo 1.1 de su Constitución, por un lado, y los preceptos liberales del resto del texto por el otro. Cita las normas españolas plasmadas principalmente en los artículos 31, 33, 38, 128, 131, 133 del texto supremo español; y secundariamente en los artículos 7, 35, 149, 157, 149 inciso 1 y 149 inciso 3 de la misma norma jurídica. Pero además se enrola en la línea integradora regional del derecho comunitario, el cual para la autora, agrega un condicionante: la Constitución económica en el marco del derecho europeo busca la implantación de un mercado único en toda la comunidad¹⁹⁷.

Francisco Fernández Segado por su parte, entiende que la Constitución económica es el conjunto de normas que delinean el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica¹⁹⁸. El autor se apoya en gran parte de la literatura alemana para afirmar que, sin perjuicio de lo establecido en aquel texto, el consenso constitucional ha dado origen a una serie de indeterminaciones e imprecisiones en la dirección de numerosos preceptos en los que la integran. Ellos obligan al jurista a un importante esfuerzo en busca de un verdadero sentido y ámbito de las normas.

Oscar de Juan Asenjo aporta su enfoque particular sobre el control del poder económico (en la dialéctica “iniciativa económica pública” versus “iniciativa económica privada), y define el

¹⁹⁵ Ariño Ortiz, Gaspar; Economía y Estado, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, Pág. 103 y 104.

¹⁹⁶ Jellinek, Georg; Sistema dei diritti pubblici subbiettivi, Società editrice libraria, Milano, 1919 [1892] (a la fecha no existe traducción al castellano). Para la particular concepción del autor alemán sobre el Estado ver: Jellinek, Georg; Teoría general del Estado, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1943 [1904]. También, Jellinek, Georg; La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000 [1895].

¹⁹⁷ Balaguer Callejón, María “constitución económica y derechos sociales”, en Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Manual de derecho constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, tomo II, Pág. 280.

¹⁹⁸ Fernández Segado, Francisco; El sistema constitucional español, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, Pág. 514 y ss.

concepto “Constitución económica” en un sentido material y en otro formal. Para el autor, la Constitución económica material es entonces el conjunto de reglas aceptadas por los agentes que integran el sistema económico. Por otro lado, la Constitución económica formal es la recepción de dichas reglas en la ley fundamental del ordenamiento jurídico¹⁹⁹.

Desde otra literatura se ha entendido también que es la ordenación jurídica general de las estructuras y las relaciones económicas en las que no solo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica²⁰⁰.

Luis Díez-Picazo y Ponce de León argumenta que la Constitución económica constituye una interrelación entre la propiedad privada, la libertad de empresa, la iniciativa económica privada –apoyada en el desarrollo de la personalidad- los principios rectores de la política social y el concepto del Estado social²⁰¹.

Desde posturas analíticas-económicas del derecho, Jordi Bacaria Colom la cataloga como el conjunto de restricciones de los grados de libertad de los que toman decisiones en materia económica, obteniendo un resultado socialmente eficiente²⁰².

Para Antonio Pérez Luño, la Constitución económica es la ordenación constitucional de la economía, concretada en “una serie de principios y normas que definen el sistema económico, fijando sus metas, determinando las reglas de su funcionamiento y determinando también las formas de actuación de los distintos sujetos económicos”²⁰³. Se observa aquí –de la misma manera que en gran parte del constitucionalismo contemporáneo- el concepto de Constitución económica renuncia a limitar su contenido a la organización y regulación del poder en la economía trasladando el enfoque central al sistema de derechos económicos. Sin embargo, resulta evidente que ambos factores delinean el marco económico de la sociedad.

Antonio Torres del Moral, por su parte, precisa el concepto como “el marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o como el orden jurídico fundamental de los bienes, fuerzas y procesos económicos”²⁰⁴.

¹⁹⁹ De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española. Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 12.

²⁰⁰ Rascón Ortega, Juan Luis; La Constitución española de 1978, Ediciones del laberinto, Madrid, 2006, Pág. 173.

²⁰¹ Díez-Picazo, Luis; “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la constitución”, en Martín Retortillo, Sebastián (coordinador); Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Cívitas, Madrid, 1991, tomo II, Pág. 1258.

²⁰² Bacaria Colom, Jordi; “El sistema monetario en la Constitución española: consecuencias constitucionales de los acuerdos monetarios supranacionales”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, tomo I, Pág. 24.

²⁰³ Pérez Luño, Antonio; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Pág. 189.

²⁰⁴ Torres del Moral, Antonio; Principios de derecho constitucional español, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, tomo I, Pág. 498.

Juan Font Galán, en cambio, la cataloga como el bloque o conjunto de normas de contenido específicamente socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por individuos y por el Estado y por las cuales se determinan las libertades, los derechos y deberes y las responsabilidades en el ejercicio de dicha actividad²⁰⁵.

Jorge De Esteban y Pedro González Trevijano definen el concepto de Constitución económica conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español –en especial la sentencia nº 1/1982- como “un conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la Constitución económica”²⁰⁶.

En la misma línea argumentativa, Roberto Blanco Valdés conceptualiza a la Constitución económica como el conjunto de normas y principios constitucionales conformadores del modelo general de sociedad por el que optó el constituyente en el ámbito económico. Pero para ello el autor también se apoya en la sentencia nº 1/1982 del Tribunal Constitucional español al implicar la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario²⁰⁷.

Miguel Herrero de Miñón entiende que la Constitución económica tiene una doble acepción. En sentido formal, es el conjunto de normas constitucionales que consagran los principios y reglas por las que han de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado y los ciudadanos. Luego, el orden económico es el conjunto de todas las reglas por las que se rige la economía nacional y los procesos económicos, así como la totalidad de las instituciones competentes para la administración, dirección y estructuración de la economía²⁰⁸.

Manuel Aragón Reyes prefiere denominar “orden constitucional económico” al conjunto normativo, presidido por la garantía institucional del mercado, pero en el que la libertad resulta atemperada por exigencias derivadas de la igualdad²⁰⁹.

Miguel Saturéstequi entiende que el concepto surge a partir de la primera guerra mundial y se consolida a partir de la segunda. Refiere a una serie de preceptos constitucionales que tienen la función de habilitar, orientar y limitar la acción económica del Estado. En el caso español la cataloga como una economía mixta, en la que coexisten un sector privado con otro público conforme a pautas y equilibrios variables. La caracteriza como “dualista”, conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional español en la sentencia nº 37/1981²¹⁰. Culmina

²⁰⁵ Font Galán, Juan; Constitución económica y derecho de la competencia, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, Pág. 132.

²⁰⁶ De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Derecho constitucional, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, Pág. 301.

²⁰⁷ Blanco Valdés, Roberto; La Constitución de 1978, Editorial Alianza, Madrid, 2003, Pág. 90.

²⁰⁸ Herrero de Miñón, Miguel “La Constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración”, en Revista española de Derecho Constitucional, nº. 57, septiembre-diciembre de 1999, Madrid, Pág. 12.

²⁰⁹ Aragón Reyes, Manuel; Libertades económicas y Estado social, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1995, Pág. 10.

²¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/81 de 16 de noviembre de 1981.

reconociendo que -a su entender- la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español aún no ha “completamente resuelto” el problema hermenéutico principal” de identificar el ámbito de libertad económica irreductible que integra el contenido esencial de la libertad de empresa, derecho esencial integrante de la Constitución económica²¹¹.

Expuestos los múltiples temperamentos doctrinarios, observamos que la **posición jurisprudencial constitucional española** proviene de antaño y se mantiene vigente en sus rasgos generales.

La jurisprudencia constitucional española ha definido a la “Constitución económica” a partir de sentencia del Tribunal Constitucional española nº 1/1982. En esa sentencia el intérprete ha expuesto que *“En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo”, y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1)”*²¹².

²¹¹ Satrústegui, Miguel; “Derechos de ámbito económico y social”, en López Guerra, Luis y otros; Derecho constitucional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, volumen I, Pág. 380 y 381.

²¹² Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 1/82 de 28 de enero de 1982. El subrayado es agregado.

El concepto “Constitución económica” en otras experiencias de Europa continental. Breve reseña dogmática, con énfasis en el caso alemán y su reforma constitucional del año 2009.

En textos anteriores hemos expuesto que la noción de Constitución económica –o socioeconómica– proviene de la doctrina constitucional europea de avanzada la segunda parte del Siglo XX²¹³. Veamos algunos ejemplos.

En Italia, su normativa constitucional establece algunos principios fundamentales en lo que respecta a las relaciones económicas y sociales, poder y finalidades. Justamente estos elementos son los que Alberto Predieri ha catalogado como Constitución económica²¹⁴.

En Portugal, José Gómes Canotilho, propone incluir las distintas formas de positivación de los derechos económicos, sociales y culturales, bajo normas programáticas, normas de organización atributivas de competencias, garantías institucionales o directamente derechos públicos subjetivos²¹⁵.

Guilherme D’Oliveira Martins, por su parte, define la Constitución económica como el conjunto de principios y normas fundamentales por los que se rigen jurídicamente la organización y el funcionamiento económico de una comunidad política. Es el ordenamiento jurídico fundamental de la economía: como expresión de la propia vida social y como extensión del fenómeno político²¹⁶.

En Alemania, Konrad Hesse primeramente define a la Constitución como el orden jurídico fundamental de una comunidad. Luego asume que “la Constitución también puede tener un interés en no someter a normas jurídicas un determinado ámbito vital, o bien hacerlo sólo bajo algunos aspectos, y entre ellos cita a la Constitución económica, norma pretendidamente abierta²¹⁷.

La jurisprudencia constitucional alemana ha sido específica y clarificadora en este sentido. La Sentencia paradigmática del Tribunal Constitucional alemán del 1 de marzo de 1979 (asunto “Ley de co-gestión”) ha expuesto que “*La Ley fundamental no contiene determinación o garantía de modelo económico alguno, sino que encomienda el régimen económico al*

²¹³ Cao, Christian; “Estabilidad presupuestaria y Constitución. La limitación al déficit y al endeudamiento público introducido en las reformas constitucionales española y alemana”, en Revista Jurídica La Ley (suplemento actualidad) edición de 22 de diciembre de 2011, Tomo 2012-A, Buenos Aires, 2011.

²¹⁴ Predieri, Alberto; “Régimen económico y social en la Constitución italiana”, en Sánchez Agesta, Luis (coordinador); Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, Pág. 25.

²¹⁵ Gómes Canotilho, José; “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, en Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, sep-nov. 1988, Pág. 240.

²¹⁶ D’Oliveira Martins, Guilherme; “La Constitución económica portuguesa: del programa a la mediación”, en Revista Estudios Políticos, n°. 60/61, abril-septiembre de 1988, Pág. 741.

²¹⁷ Hesse, Konrad; Escritos de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Pág. 18.

legislador, quien decidirá libremente dentro de los márgenes trazados por la Ley Fundamental, sin precisa para ello de mayor fundamento que su genérica legitimación democrática”.

A esta idea de neutralidad económica que rodea a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 - siempre en parámetros de lo expuesto por el señalado Tribunal Constitucional germano- se debe agregar también el estudio o “*test*” de constitucionalidad que años antes había efectuado la jurisprudencia constitucional sobre el asunto de la “Ley de ayuda a la inversión”, en donde el juzgador ha expresado que el legislador puede desarrollar la política económica a su juicio más adecuada, siempre y cuando respete la Constitución y en particular los derechos fundamentales. (Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 20 de julio de 1954).

En esto resulta oportuno destacar que el proceso de integración regional iniciado en Europa a partir de 1950 y su profundización en el año 1992 –Tratado de Maastrich- derivaron en el establecimiento de criterios de convergencia (sujeción a niveles máximos de inflación, de déficit presupuestario y de endeudamiento público en relación al Producto Bruto Interno, junto a otros) –actualmente, artículos 119 a 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- y el acuerdo de un Pacto de estabilidad y crecimiento (1997), conjuntamente con la adopción del Euro como moneda única en la mayoría de los Estados de la Unión Europea y la consecuentemente la institucionalización del Banco Central Europeo²¹⁸.

La aplicación del principio de primacía –o supremacía, según se prefiera- de la norma comunitaria (emanada por los órganos que conforman la Unión Europea) por sobre el ordenamiento de los Estados miembros del bloque garantizaría, teóricamente, que los presupuestos públicos deberían alcanzar los equilibrios pactados. Sin embargo, la aplicación de la subsidiariedad de las políticas fiscales nacionales deja (o dejaba) el cumplimiento de aquellas metas librado a la voluntad de cada realidad estatal.

Inmediatamente surge un interrogante, ¿existe relación entre la Constitución económica y el derecho de la integración regional, en especial sobre el control de los presupuestos públicos de los Estados miembros?²¹⁹

En esta inteligencia y **a los fines de acotar el margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales en relación al cumplimiento de aquellos criterios de convergencia, ha surgido una línea de pensamiento en pos de atar los niveles de déficit públicos y endeudamiento a las decisiones supranacionales.**

El punto de inicio de esta “autolimitación” estatal y su traducción jurídica en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros lo marcó la República Federal

²¹⁸ Para el estudio del proceso económico-monetario anterior a 1992, Louis, Victor; Del sistema monetario europeo a la unión monetaria, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

²¹⁹ Sobre este tema, ampliar en Maestro Buelga, Gonzalo; “Constitución económica y modelo social europeo”, Boletín de la Academia Vasca de Derecho, nº 15, Bilbao, 2008, Págs. 49 a 82. También, del mismo autor: “Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 8, julio-diciembre de 2007, Universidad de Granada, Granada.

Alemana en el año 2009 al modificar su norma suprema²²⁰. Así, la reforma constitucional de ese año modificó los artículos 109 y 115 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

A partir de la articulación de estos dos enunciados, el ordenamiento constitucional alemán introdujo un límite de endeudamiento para la federación y los *länder* y la creación de un procedimiento tendiente a evitar situaciones de emergencias presupuestarias (artículo 109a), pretendiendo “consagrar constitucionalmente una determinada visión de la política económica”²²¹, la cual –como ha sido señalado más arriba– la justicia constitucional anteriormente hacia el año 1954 se había ocupado de declarar como “neutral”.

Esta posible “pérdida” de la absoluta neutralidad de la Constitución económica se pone de manifiesto al momento de elevar a la jerarquía constitucional un límite al gasto público y al endeudamiento, inclusive fijando cuantitativamente su nivel.

La República Federal Alemana fue el punto de partida de procesos replicados en otras experiencias similares, como es el caso de la Constitución española (artículo 135 reformado en el año 2011) cuyo despliegue y traducción en otros Estados miembros de la Unión Europea es aún incierto.

Para concluir y desde la literatura alemana cabe añadir el sustancial aporte de la denominada Escuela de Friburgo –o Escuela de *Ordoliberalismo*²²²–, que trazó las primeras líneas de la “economía social de mercado”, en autores como Alfred Müller-Armak²²³, Ludwig Erhard²²⁴ y Walter Eucken²²⁵.

A modo de ejemplo, Walter Eucken expresó que el “orden económico” es un hecho fundado y positivo que comprende la totalidad de las formas realizadas en que se desarrolla en concreto el proceso económico mundial en cada caso (orden económico). Pero también es la estructuración jurídica, económica y social integrando racionalmente lo diverso en un todo (orden de la economía). También que “Hay que intentar, por lo tanto, estructurar órdenes que se

²²⁰ Fuera de la Unión Europea y de la “zona euro”, ver también el caso de la Constitución de Suiza y su artículo 126 referido a la gestión de las finanzas públicas.

²²¹ Arroyo Gil, Antonio; “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la federación y los *länder* en la República Federal de Alemania”, en *Revista d' estudis autonòmics i federals*, nº 10, Generalitat de Catalunya, Barcelona, abril de 2010, Págs. 40 a 71, especialmente Pág. 68.

²²² Corresponde destacar que el concepto “*Ordo-liberalismo*”, que caracteriza a esta escuela, proviene del nombre de la publicación en la cual los representantes de esta corriente difundían sus trabajos científicos (Revista *Ordo*, editada desde el año 1948 en las ciudades de Dusseldorf y Stuttgart, Alemania). Ver también “Escuela de Friburgo”, Universidad de Friburgo. Para un análisis crítico, ampliar en: Foucault, Michel; *Nacimiento de la biopolítica*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004 [conferencias de los años 1978 y 1979].

²²³ Müller-Armak, Alfred; *Economía dirigida y economía de mercado*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963.

²²⁴ Erhard, Ludwig; *Bienestar para todos*, Fundación Ignacio Villalonga, Valencia, 1957.

²²⁵ Eucken, Walter; *Cuestiones fundamentales de la economía política*, Revista de Occidente, Madrid, 1947.

adapten a la época de la industrialización, al rápido aumento de la población, y al desarrollo de los centros urbanos y de la técnica. Este orden no surgirá por sí solo”²²⁶.

Wilhelm Röpke desarrolló las ideas acerca de las “políticas activas del ciclo”, los programas económicos positivos a partir de políticas de encuadramiento y las políticas de mercado (intervención de acomodación), argumentando que “en ciertas circunstancias puede resultar conveniente e incluso indispensable, intervenir con medidas activas en el “punto crítico inferior” del ciclo económico para superar la desproporción entre ahorro e inversión, y de ese modo acelerar el reestablecimiento del equilibrio ya iniciado por la crisis”²²⁷.

Más recientemente y ya en concreto desde el derecho constitucional alemán en materia económica se apuntan los trabajos de Fritz Ossenbühl²²⁸ y Horst Ehmke²²⁹, entre otros.

La Constitución económica en Argentina.

En la literatura argentina constitucional el empleo del término Constitución económica es mucho más restringido que en el caso de España. Empero, se han escuchado voces autorizadas alrededor de esta definición.

Germán Bidart Campos define la Constitución económica como el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económico-financieras²³⁰.

Entre los principios apunta la libertad y los derechos humanos (aquí incluye los derechos sociales), la igualdad real de oportunidades y trato, el desarrollo integral, promoción del bienestar general y el emergente de la forma federal del Estado²³¹.

Influido por el ordenamiento constitucional argentino, el autor incorpora derechos fundamentales y principios provenientes tanto del texto constitucional como del sistema internacional de derechos humanos.

En una variante regulatoria-administrativista, Juan Cassagne explica que la base del sistema constitucional argentino se asienta en el reconocimiento y subsistencia previa de los derechos de

²²⁶ Eucken, Walter; Fundamentos de política económica, Ediciones Rialp, Madrid, 1956, Págs. 516 y 36.

²²⁷ Röpke, Wilhelm; Civitas humana. Cuestiones fundamentales en la reforma de la sociedad y de la economía, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1949, Págs. 249 a 251.

²²⁸ Ossenbühl, Fritz; “Las libertades del empresario según la Ley fundamental de Bonn”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 32, 1991, Págs. 9 y ss.

²²⁹ Ehmke, Horst; “Economía y Constitución”, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 5, enero-julio de 2006, Universidad de Granada, Granada, Págs. 329 a 380.

²³⁰ Bidart Campos, Germán; “La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, en Revista Cuestiones constitucionales, México, enero-junio 2002, Pág. 4.

²³¹ Bidart Campos, Germán; El orden socioeconómico en la Constitución, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, Págs. 83 y 84.

libertad, propiedad e igualdad a favor de los habitantes y que las limitaciones no pueden alterar el principio de razonabilidad ni la esfera reservada a las acciones privadas de los hombres²³².

Jorge Salomoni, en otra postura incorpora a la concepción cuestiones sobre el desarrollo humano y económico con justicia social. En el caso argentino se encuentran establecidas en el artículo 75 inciso 19 de la Constitución nacional²³³.

Sucede que remitir a las cuestiones económicas constitucionales sin referir a las temáticas sociales resultaría insuficiente.

Y **Argentina** –al igual que **España**- es, -y así lo definen sus constituciones-, un Estado social de derecho constitucional (artículos 14 bis y 75 inciso 19 y concordantes de la Constitución argentina y 1 y 39 a 52 y concordantes de la Constitución española).

Por eso, y sin perjuicio que no todos los autores lo entiendan así, este trabajo refiere indistintamente a “Constitución económica” o “Constitución socioeconómica”, aunque encuentra terminológicamente más adecuado el segundo por sobre el primero para definir una misma idea.

Eduardo Jiménez concibe a la estructura propuesta por la Constitución como un conjunto armónico y sistémico. Por ende los conceptos económicos vertidos en la ley fundamental son de gran utilidad al amalgamarlos a fin de representar una imagen de la totalidad de las situaciones y circunstancias previstas y propuestas por el texto supremo al conformar el sistema constitucional. Para el caso del esquema de la Constitución argentina liberal de 1853, el autor explica que la estrategia económica constitucional se apuntalaba sobre la base política de mantenimiento de una nítida separación entre sociedad y Estado y enumera como factores históricos predominantes de la “Constitución Económica” a:

- la banca;
- los propietarios de los títulos de la deuda pública;
- los industriales; y
- los comerciantes²³⁴.

Alberto Dalla Vía remite a “el contenido económico de la Constitución nacional” y sintetiza los textos y reformas constitucionales de 1853, 1957 y 1994 y afirma que “La constitución contiene algunos grandes principios orientadores en materia económica, pero, de ninguna manera, nada que pueda calificarse de plan económico”. Agrega que la Constitución argentina no representa un modelo cerrado para la aplicación de política económica alguna, por el contrario, representa un “modelo abierto” para que cada gobierno surgido por el voto popular

²³² Cassagne, Juan; La intervención administrativa, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, Pág. 63.

²³³ Salomoni, Jorge; Teoría general de los servicios públicos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, Pág. 342

²³⁴ Jiménez, Eduardo; Derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001, tomo II, capítulo XIX.

aplique su propio programa. Las únicas vallas son las que surgen de los grandes principios constitucionales; así, por ejemplo, no sería admisible un régimen que vulnerara la propiedad privada²³⁵.

Alejandro Pérez Hualde sostiene que el derecho público de la economía –o el derecho de la intervención pública en la economía– son las normas jurídicas de rango constitucional que influyen o pueden servir de instrumento para intervenir en los fenómenos económicos²³⁶.

Es decir al alcance que la norma le asigna a los poderes públicos, sus instrumentos, límites y controles. Aquí se evidencia una postura que centraliza el estudio en torno al poder del Estado para regular las actividades económicas.

Andrés Gil Domínguez entiende que la Constitución socioeconómica es el catálogo de normas constitucionales que establecen de forma abierta y con fuerza normativa un determinado orden económico que tiene la finalidad de satisfacer la plena eficacia de los derechos allí consagrados²³⁷.

Walter Carnota, al analizar la aplicación de los principios de los derechos económicos-sociales fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resalta la importancia que el juzgador le ha asignado al derecho internacional de los derechos humanos a partir de la reforma constitucional del año 1994 (artículo 75 inciso 22 de la ley suprema)²³⁸.

Justamente a partir del análisis jurisprudencial **argentino** es posible **concluir** que ese tribunal no ha preferido con asiduidad la utilización del concepto “Constitución económica” al tiempo de fundamentar sus decisiones, a diferencia del caso **español** antes expuesto.

²³⁵ Dalla Vía, Alberto; “La ideología de la Constitución económica”, en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, abril de 2003, La Ley 2003-C-1114. También, del mismo autor ver: “Los aportes de Mariano Fragueiro, Pedro de Angelis y Juan Baustista Alberdi a la Constitución de 1853”, en *Comunicaciones de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, junio de 2009 y *Derecho Constitucional Económico*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

²³⁶ Pérez Hualde, Alejandro; *Constitución y economía*, Editorial Depalma e Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, 2000, Pág. 2.

²³⁷ Gil Domínguez, Andrés; *Constitución económica y derechos económicos, sociales y culturales*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 21.

²³⁸ Carnota, Walter; “El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista Jurídica La Ley*, Doctrina Esenciales de Derecho Constitucional, tomo II, enero de 2008, Pág. 701.

Nuestra propuesta de definición de “Constitución socioeconómica”.

A partir del soporte doctrinario recabado en la literatura y jurisprudencia española y argentina, observamos que resulta complejo desmembrar el concepto de Constitución económica -o su variante Constitución socioeconómica- del propio contenido que ofrece la dogmática constitucional de cada caso.

No obstante, detectamos y extraemos algunos denominadores comunes –no unánimes, pero sí mayoritarios- que se presentan incólumes en muchas de las definiciones extraídas y analizadas.

Por tal motivo y sirviéndonos de tales componentes ensayamos una definición sobre el concepto “Constitución socioeconómica” que seguidamente proponemos.

Previo a ello y en pos de destacar las **características** de la definición, dejamos constancia que ella resulta ser **mínima, estructural y correspondiente a la teoría general constitucional**.

Características de la hipótesis de definición.

Desglosando cada una de ellas, las características apuntadas de la hipótesis o definición propuesta, son:

a) **Mínima**, porque la definición contiene los elementos imprescindibles y necesarios (aunque -en ocasiones- algunos se presenten de manera implícita en los textos fundamentales) para precisar el término “Constitución socioeconómica”. Ante la ausencia de uno de ellos, sostenemos, se podrá estar, en presencia de otra institución o mecanismo jurídico constitucional –por ejemplo, actividad regulatoria, recaudatoria, protectoria de derecho, entre otras-, pero no “Constitución socioeconómica” en los términos propuestos.

b) **Estructural**, por cuanto la definición busca identificar y ordenar todos los términos mínimos (muchas veces dispersos y desordenados), los cuales a su vez mantienen relaciones sistemáticas y funcionales entre sí.

c) Correspondiente a la **teórica general constitucional**, debido a que tal hipótesis resulta útil para ser *a posteriori* aplicada a los efectos de definir o analizar la dogmática constitucional particular de cada caso. Ello sin importar la cuantía de los recursos económicos, distribución interna de la riqueza o la concentración de los factores de producción, entre otros factores empíricos que se puedan llegar a ser observados en el Estado constitucional que se pretenda analizar. Nótese que se utiliza, por ejemplo, el concepto de “recursos económicos” en el sentido amplio, sin aludir a la función monetaria. Esto es así porque el presente trabajo de tesis considera a la moneda como una mercancía –con la particularidad de ser emitida en forma

monopólica por el Estado²³⁹-, de la misma manera que podría tomarse cualquier otro recurso económico-cambiario²⁴⁰.

Expuestas y explicadas sus características, el presente trabajo de tesis plantea como premisa o hipótesis que la “Constitución socioeconómica”:

Es el bloque de normas y principios interrelacionados de jerarquía suprema que incluye el reconocimiento de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales y las garantías para su efectivo cumplimiento; el poder estatal de intervención en la economía (técnicas e instrumentos articulados por los órganos competentes) y el subsistema recaudatorio y financiero de generación de recursos, el cual a su vez fija un orden socioeconómico determinado orientado a satisfacer las necesidades de la sociedad o bien la satisfacción del espectro de derechos antes señalados (orientación del gasto público).

Como se puede observar, la definición propuesta:

- a) Prescinde de inocular su objeto con las múltiples técnicas de intervención pública en la economía o los diferentes modelos macroeconómicos;
- b) Evita también enumerar el contenido del espectro de derechos –y sus consecuentes garantías procesales- reconocido por cada experiencia, ya que eso pertenece al análisis dogmático del caso (y no a la teoría general), como se verá más adelante en la presente obra;
- c) Pretende ser lo suficientemente abierta para ser aplicada a ordenamientos constitucionales –que incluyan fuentes del derecho internas y/o externas o ambas- que conducen a variados sistemas económicos;
- d) Finalmente, aborda el concepto a partir de un enfoque sistémico –a su vez con subsistemas- e interrelacionado, a los fines de aplicar abstracciones y modelos conceptuales coincidentes a fenómenos diferentes²⁴¹.

²³⁹ Como consecuencia, el Estado se compromete a “*Proveer lo conducente...a la defensa del valor de la moneda*” (artículo 75 inciso 19 de la Constitución **argentina**. Ver asimismo el artículo 40 inciso 1 de la Constitución **española**)

²⁴⁰ Ello no obstante que cumpla con los requisitos de: a) aceptación amplia como medio de intercambio (facilitación de los intercambios de bienes o servicios, a diferencia del trueque), y b) utilidad como resguardo o reserva de valor (mantenimiento de la referencia del poder adquisitivo, aún en periodos de inflación moderada).

²⁴¹ von Bertalanffy, Ludwig; Teoría general de los sistemas. Fundamento, desarrollo y aplicaciones., Fondo de Cultura Económica, México, 1976, Págs. 35 y ss.

Elementos que componen la hipótesis de definición.

Veamos el desglose y la explicación de cada uno de los elementos que componen la definición propuesta.

i) Elemento preliminar. Esencia terminológica: Constitución “socioeconómica”.

En varias oportunidades del trabajo se ha equiparado el término “Constitución económica” con el de “Constitución socioeconómica”. Esto siempre que su contenido comprenda aspectos económicos, pero también sociales y culturales. Ello se justifica por el carácter y la esencia que posee este bloque de normas y principios y que se complementa con su orientación: la satisfacción de las necesidades humanas de la sociedad.

La finalidad de la Constitución socioeconómica no se agota en la mera ordenación de la economía. Mucho menos se encuentra al servicio exclusivo del poder económico privado-individual (ejercicio del derecho de propiedad, de la libertad de contratación, de la libertad de empresa, entre otros) o estatal (centralización de la economía, crecimiento del esquema dirigista, entre otros).

Contrariamente, sostenemos que la “Constitución socioeconómica” **posee una función proactiva satisfactoria de derechos que complementa ambos componentes (socio-económico) en el marco del pluralismo característico de toda sociedad democrática.** Sin ánimo de escindir los dos conceptos (ya que se entienden complementarios y de similar jerarquía) y al sólo efecto expositivo, se sostienen que la Constitución es tanto “**económica**” como “**social**”:

- **Económica**, en el sentido que garantiza las diferentes libertades económicas que cada ordenamiento reconoce y, complementariamente,
- **Social**, en el sentido que garantiza también los derechos sociales y culturales que el bloque contiene.

Por lo expuesto y a los efectos terminológicos este trabajo sostiene que la utilización del término de Constitución socioeconómica resulta más ajustada para denominar el objeto central de la hipótesis de definición esbozada.

ii) **Bloque de normas y principios de jerarquía suprema interrelacionados.**

La Constitución socioeconómica es un bloque de normas y principios²⁴² que poseen jerarquía jurídica suprema. Con anterioridad nos referimos al carácter de estas cláusulas y allí nos remitimos.

El concepto de bloque (de normas y principios) es utilizado en el sentido de una agrupación –ordenada en el texto o no– de alguna forma relacionada que responde a los criterios de supremacía como elemento central.

Por ende, el bloque de la Constitución socioeconómica puede ser cerrado, abierto o semiabierto, cuyas normas supremas pueden provenir tanto del ordenamiento interno en forma exclusiva y excluyente, o bien del ordenamiento interno y de la dimensión externa del derecho (Constitución argentina, artículo 75 inciso 22) sea en forma originaria o derivada, según lo defina cada texto.

En todos los casos, es el constituyente del Estado nación quien define cuáles son las **normas** que forman parte de este bloque o, sencillamente, de la Constitución socioeconómica. Y el resto de los operadores jurídicos (justicia constitucional, intérpretes doctrinarios, entre otros) definen y modelan los **principios** que también forman parte de aquel bloque.

Desde muchos sectores de la doctrina **española** se ha diferenciado los principios socioeconómicos de la resultante que surge del ejercicio de los derechos reconocidos. Se ha agregado incluso una tercera categoría: valores socioeconómicos.

Enoch Albertí Rovira, por ejemplo, sostiene que el marco estructural de la actividad económica está compuesto por valores económicos, principios económicos, derechos económicos, mandatos finalistas y normas de habilitación. Para el autor, los valores son proposiciones que al expresar al cuadro axiológico pueden calificarse como normas sobre valores. Enumera los siguientes: libertad económica, justicia, igualdad, pluralismo político, dignidad de la persona, inviolabilidad de sus derechos, libre desarrollo de la personalidad y respecto a la ley y los derechos de los demás. Por otro lado, los principios son preposiciones proyectados sobre el ámbito de la economía: por ejemplo, el Estado social y democrático de derechos, artículos 128 inciso 1; 14; 139 inciso 1, 139 inciso 2 y 31 inciso 1. En tercer lugar ubica los derechos reconocidos en el texto español y los enumera: propiedad, empresa, libre circulación, residencia, sindicalización y huelga, libertad de trabajo, libre elección de profesión y oficio, negociación colectiva y adoptar medidas de conflicto colectivo. Finalmente, el autor

²⁴² Desde la teoría general del derecho, para el análisis diferenciado entre normas y principios: Guastini, Riccardo; Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999, Págs. 92 a 179. También; Dworkin, Ronald; Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984; Alexy, Robert; Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, Págs. 81 a 111; Ross, Alf; Sobre el derecho y la justicia, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963, entre la nutrida bibliografía afín.

estructura mandatos finalistas (artículos 129 inciso 1, 130 y 138 inciso 1), que obligan a los poderes públicos, y habilitaciones, o indicaciones de medios que las autoridades pueden emplear para dar cumplimiento a los fines constitucionales²⁴³.

Juan Font Galán opina que “el interés general y el orden público económico se configuran como principios justificables de la intervención económica del Estado y como directrices de su política económica intervencionista. Son estos mismos principios los que justifican la implantación de límites a la competencia; y es que en realidad, los problemas relativos a la competencia económica afectan a intereses de “clases” o grupos sociales”. Agrega que “si el funcionamiento de la economía ya no podía ser abandonado a sus propios comportamientos libre y naturales, se requería la elaboración de una disciplina normativa para ordenar las distintas fuerzas económicas, los recursos y fuentes de riqueza, dirigir la producción y la distribución y regular el mercado”²⁴⁴.

Jorge De Esteban y Pedro González Trevijano identifican los siguientes principios que especifican la Constitución económica española:

- unidad del sistema económico;
- propiedad privada de los medios de producción;
- función social de la propiedad y la herencia;
- libertad de empresa;
- iniciativa pública en materia económica;
- sistema tributario asentado en principios de igualdad y progresividad²⁴⁵.

Finalmente, Javier Tajadura Tejada alude a la cláusula de supletoriedad del derecho estatal sobre el derecho autonómico como una técnica de garantía de la unidad jurídica y económica del Estado. El autor estima que “la unidad jurídica y económica del Estado se garantiza mediante una técnica como es la supletoriedad o mediante otros mecanismos como pueden ser las leyes de armonización o las leyes básicas que verían su contenido ampliado”²⁴⁶.

Pedro Escribano Collado agrega asimismo principios básicos de la constitución económica española²⁴⁷.

Sintetizando, los autores expuestos identifican los siguientes principios plasmados en una Constitución económica determinada, en este caso la **española**:

- Unidad del sistema económico;

²⁴³ Albertí Rovira, Enoch; Autonomía política y unidad económica, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, Págs. 192 y ss

²⁴⁴ Font Galán, Juan; Constitución económica y derecho de la competencia, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, Págs. 109 a 111.

²⁴⁵ De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Derecho constitucional, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, Pág. 301.

²⁴⁶ Tajadura Tejada, Javier; La cláusula de supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, Pág. 134.

²⁴⁷ Escribano Collado, Pedro; “El orden económico en la Constitución española de 1978”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 14, mayo-agosto de 1985, Págs. 77 y ss.

- La propiedad privada de los medios de producción;
- La libertad de empresa y su relación con la intervención de los poderes públicos
- La iniciativa pública;
- El sistema tributario informado por sus principios;
- La integración española en la comunidad (desde el año 1986).

Retomando la explicación teórica, las normas y principios económicos, sociales y culturales reconocidos en el bloque, o más precisamente en la Constitución socioeconómica, poseen las siguientes características:

Características intrínsecas de la Constitución socioeconómica (en clave de bloque socioeconómico supremo):

a) Supremo, por cuanto el bloque se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico. Resulta claro que comparte tal supremacía con el resto de las normas y principios constitucionales que no poseen contenido socioeconómico (por ejemplo, de contenido civil o político). Como tal y para el hipotético caso de colisión con otras normas infraconstitucionales que forman parte del ordenamiento jurídico de un Estado, la Constitución socioeconómica prevalece por sobre éstas. En ningún caso una norma socioeconómica infraconstitucional puede desplazar y ser preferida por sobre una norma constitucional que la contrarie, independientemente de su temporalidad (no se aplica aquí el principio de temporalidad *lex posterior derogat lex priori*, o conflicto de criterio temporal) o especialidad (tampoco se aplica el principio de *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, o conflicto de criterio de especialidad);

b) Ordenatorio de la economía, por cuanto la Constitución socioeconómica tiene una finalidad que es ordenar las relaciones económicas verticales (Estado-privados) y horizontales (privados entre sí) hacia un sentido determinado y no a viceversa. Es decir, estas relaciones económicas no se encuentran al margen del orden constitucional;

c) Limitador de la actuación de los poderes públicos, por cuanto el establecimiento de tales normas y principios –reconocimiento de derechos y limitación/regulación del poder en sentido estricto– restringen, como causa y efecto, el accionar del poder político y económico.

d) Contenido interrelacionado, por cuanto su contenido se encuentra sistemáticamente vinculado, independientemente de que se encuentre ordenado o disperso en el texto supremo. Su interrelación proviene de la necesidad de comprender el bloque de forma integral y armónica y no en el sentido segmentado de compartimientos estancos en función de su materia (económica, social y cultural).

iii) **Reconocimiento de derechos fundamentales económicos, sociales y culturales.**

Como se ha expuesto preliminarmente, el reconocimiento de derechos fundamentales es un elemento típico proveniente del constitucionalismo moderno. Así, toda Constitución socioeconómica contiene el reconocimiento de ciertos derechos de carácter económico y social.

Sin embargo, no todas las posturas doctrinarias que definen el término coinciden con este temperamento.

Algunas visiones –antes expuestas-, generalmente provenientes de la organización administrativa del poder se centran particularmente –y a veces, únicamente- en la regulación del poder público en materia económica sin apuntar el reconocimiento de derechos fundamentales. Otras posiciones –también antes expuestas- prefieren identificar a los derechos fundamentales como “orientadores” de la finalidad de la Constitución socioeconómica y no como verdaderos bienes jurídicos protegidos con fuerza jurídica vinculante.

La hipótesis aquí propuesta opta por incluir **el espectro de derechos fundamentales socioeconómicos como integrante del concepto “Constitución socioeconómica”, más allá que ellos también cumplan la función de orientadores o inspiradores de la dirección política (económica) la totalidad del bloque de normas y principios supremos.**

Ahora bien, en ese mismo orden de ideas, la noción de Constitución socioeconómica esbozada prescinde de determinar **cuáles son** (y mucho menos, **cuáles deberían ser**) los derechos económicos, sociales y culturales positivos a los fines de satisfacer las necesidades sociales. Simplemente apunta al conjunto determinado de bienes jurídicos constitucionalmente tutelados que cada ordenamiento se incline por reconocer.

iv) **Garantías (procesales e institucionales) supremas para su efectivo cumplimiento.**

Los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales que integran la Constitución socioeconómica eventualmente pueden verse coartados en su ejercicio, tanto por el poder del Estado como por particulares.

Ante esta circunstancia, el bloque posee **garantías procedimentales e institucionales** para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto, amén de la existencia de otras garantías jurisdiccionales orientadas a efectivizar diferentes libertades, como por ejemplo el *Hábeas Corpus*, que garantiza la libertad física o ambulatoria.

Las garantías institucionales son asumidas generalmente por órganos (instituciones) públicos y privados²⁴⁸ de naturaleza no jurisdiccional que cumplen la función de tutelar el ejercicio de los derechos fundamentales cuya protección constitucional la preserva no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización. El Defensor del Pueblo, las Agencias o Entes Reguladores de servicios públicos, las Auditorías Contables, entre otras, son ejemplos de instituciones que poseen la finalidad de resguardar funcionalmente derechos económico-sociales y el ejercicio del poder de manera extra jurisdiccional. Las garantías institucionales, entonces, las preservan de eventuales vulneraciones.

Respecto a las garantías jurisdiccionales -ejercicio ante el poder judicial, conforme el modelo de control de constitucionalidad-, en el marco de un modelo neoconstitucional, se asume que tienden a:

- Restringir la existencia de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”;
- Desarrollar la inconstitucionalidad por omisión;
- Imponer el control de constitucionalidad de las normas a partir de su primera observación;
- Dependiendo de cada modelo procesal, reconocer la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Es decir, la Constitución socioeconómica comprende un espigón de garantías de actuaciones procedimentales tendientes a resguardar los derechos económicos, sociales y culturales.

¿Cuáles son ellas? De igual manera que lo dicho acerca de los derechos fundamentales, la respuesta remite necesariamente a cada ordenamiento jurídico –y por ende, a cada Constitución socioeconómica- y, en especial, al modelo de control de constitucionalidad adoptado por cada texto supremo.

²⁴⁸ Sobre la Constitución argentina, por ejemplo, es posible señalar: universidades nacionales (artículo 75 inciso 19 del texto supremo), la familia (artículos 14 bis y 75 inciso 19), pueblos indígenas argentinos (artículo 75 inciso 17), asociaciones sindicales (artículo 14 bis), la Iglesia Católica y demás confesiones religiosas (artículos 2 y 14), partidos políticos (artículo 38), provincias (artículos 5 y 122), municipios (artículos 5 y 123), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 129), Auditoría General de la Nación (artículo 85), Defensoría del Pueblo de la Nación (artículo 86), Ministerio Público (artículo 120). Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, tomo II-A, Pág. 16.

La naturaleza y el valor de los índices estadísticos oficiales en la Constitución socioeconómica.

El ejercicio efectivo de los derechos fundamentales conlleva al disfrute y a la satisfacción de las necesidades, valores y bienes jurídicamente protegidos en cada ordenamiento dogmático. Esto demanda –además del reconocimiento del derecho con un objeto preciso- un cuerpo instrumental o sistema de garantías que les asignen una tutela jurisdiccional (para exigir su cumplimiento), y un sujeto (privado) o ente (Estado) frente al cual sea posible reivindicarlo. También, de un sistema de recursos económicos que permitan su satisfacción²⁴⁹, tal como más adelante explicaremos.

La dimensión sociológica del derecho constitucional permite evaluar la eficacia del ejercicio de los derechos tutelados por cada ordenamiento jurídico.

Para ello, el derecho se vale de aportes provenientes de disciplinas externas y complementarias. La economía, la antropología, la sociología, la tecnología y la estadística, entre otros, contribuyen a evaluar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones verticales (entre Estado e individuo) y horizontales (particulares entre sí).

La última de las disciplinas mencionadas -la estadística- cumple un papel trascendental al momento de evaluar la eficacia que un determinado derecho posee en su espacio y tiempo, en cuanto a la graduación o nivel de su satisfacción.

En este orden de ideas, **los institutos públicos elaboradores de los índices y censos estadísticos oficiales, como organismos públicos, y el resultado de sus trabajos adquieren una importancia vital ya que constituyen un soporte científico-empírico en el cual se apoya el estudio de la eficacia (y con ello la garantía) de los derechos.**

La información por ellos suministrada compone un bien sociojurídico de tutela constitucional, al menos indirectamente, que la norma inferior debe resguardar.

De igual trascendencia y transparencia deben ser tanto el carácter científico -en cuanto la aplicación de métodos de rigor- de los mecanismos de elaboración de los índices estadísticos, como así también la veracidad, objetividad y publicidad de sus resultados.

Finalmente, la libertad de expresión, difusión y de producción científica permite que personas o instituciones privadas ejerzan el derecho a la elaboración de todo tipo de estadísticas y/o índices -no oficiales- que grafiquen patrones sociales Sin embargo, **el Estado posee como tarea irrenunciable la confección, elaboración y puesta a disposición -en base a métodos científicos y transparentes- de los datos estadísticos de la información de campo obtenida**

²⁴⁹ Ernst Forsthoff afirma sobre esto que “El Estado moderno de Derecho es sustancialmente Estado social a través de su función impositiva”. Abendroth, Wolfgang, Forsthoff, Ernst y Doebrig, Karl; *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, Pág. 104.

mediante censos y encuestas relevadas sobre indicadores básicos sociales, económicos, de producción, y todo otro dato de interés que la comunidad demande.

v) Poder estatal de intervención en la economía (técnicas e instrumentos articulados por los órganos competentes).

La Constitución socioeconómica establece mecanismos por el cual el Estado manifiesta, con mayor o menor especificación, su *imperium* en la intervención de la economía, especialmente en las libertades económicas.

Es, de alguna manera, el complemento del reconocimiento de derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, ya que su actividad debe orientarse hacia la satisfacción de estos últimos. Como opina Luis Cosculluela Montaner “el mercado no puede ser considerado un valor en sí mismo, sino un marco de actuaciones económicas en el que se afirman valores. Pero los valores se definen y garantizan por reglas jurídicas previas: Constituciones, legislativas o reglamentarias”²⁵⁰.

La atribución de competencias funcionales a los poderes constituidos es la medida del poder público en materia de intervención económica cuyo ejercicio debe darse conforme a los principios también reconocidos en el texto constitucional. Por ejemplo, la actividad pública interventora en la economía debe observar la autonomía funcional y económica de las agencias reguladoras, el principio de reserva de ley, entre otras.

Los ordenamientos constitucionales más modernos instituyen órganos de jerarquía constitucional con funciones específicas regulatorias en materia socioeconómica. En muchos casos la norma les atribuye independencia o autonomía funcional a los efectos de evitar la influencia de posiciones políticas-partidarias en sus decisiones.

Por otro lado, la metodología, el alcance, las técnicas y las oportunidades de dicha intervención quedan sujetos a la determinación que el constituyente define al momento de establecer el texto de constitucional. Veamos algunos ejemplos en los casos de **España y Argentina**.

²⁵⁰ Cosculluela Montaner, Luis; Derecho público económico, Editorial Iustel, Madrid, 2000, Pág. 27.

El poder estatal de intervención en la economía en España.

El artículo 128, inciso 2 de la Constitución española establece que “*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.*”.

Esta norma contiene los **principios de iniciativa pública en la economía y reservas al sector público**. Como lo sintetiza Gaspar Ariño Ortiz, el texto plantea una cuestión esencial a todo sistema económico: el papel y la amplitud que debe tener la acción del Estado-empresario, las dimensiones y el alcance del sector público-empresarial.

Los supuestos posibles de intervención económica que enumera el texto español son los siguientes:

- iniciativa pública ejercida, junto a la privada, en régimen de concurrencia en el mercado;
- la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales en régimen de exclusiva: nacionalización de bienes o actividades;
- la intervención de empresas (de la gestión, sin afectar por el momento a la titularidad) cuando así lo exija el interés general²⁵¹.

El alcance y la amplitud de la iniciativa pública en las actividades económicas se encuentran íntimamente relacionados con los derechos de libertad de empresa y propiedad privada. Justamente sus límites serán estudiados más adelante al analizar estos derechos económicos reconocidos en la Constitución española.

Por otra parte, el artículo 129 de la misma norma pauta que “*1. La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general. 2. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.*”

En este caso el constituyente español forjó el derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social por parte de los interesados. Resulta claro que este precepto debe ser complementando con la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución española. Su desarrollo dogmático y complementariedad con el resto de los derechos

²⁵¹ Ariño Ortiz, Gaspar; “El Estado empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 441.

constitucionales será abordado al momento de indagar el espectro de derechos reconocidos en la Constitución española y allí nos remitimos.

Lo que interesa aquí es apuntar un expreso ejemplo de la manifestación del poder público para la intervención en sectores de la actividad económica (la empresa y las agencias de seguridad social) entendido como una técnica que posee constitucional. Ello atento que, como se ha dicho, el legislador ordinario es quien debe dotar de contenido a este mandato constitucional²⁵².

Como último ejemplo, el artículo 131 consagra el principio de la **planificación económica**. La norma citada dispone que “1. *El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.* 2. *El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.*”

Por excelencia, **la planificación económica dota al Estado de competencias para actuar y organizar los sectores que entienda como estratégicamente relevantes.**

Gaspar Ariño Ortiz y Lucía López de Castro-García Morato, diferencian la planificación económica tradicional de la que denominan “el nuevo sentido de la planificación”. A la primera la entienden como una planificación basada en previsiones de la autoridad para que decida de forma unilateral la oferta necesaria para satisfacer la demanda, e incluso sus destinos específicos. La entienden como contraria a la libertad de empresa y citan como ejemplos distorsivos aplicados en el caso español al sector eléctrico anterior al año 1997, la planificación hidrológica nacional del año 1985, entre otras. A la segunda la califican como compatibles con el mercado y la iniciativa privada (modelo de regulación para la competencia). La justifican por los siguientes motivos:

- Cuando sea necesario facilitar a los inversores una orientación informativo-estratégica mediante las tendencias de oferta y demanda en sectores que exigen inversión a muy largo plazo.
- Cuando sea necesaria la asignación de recursos escasos, como las ondas electromagnéticas, las aguas o el suelo²⁵³.

²⁵² Rodríguez, Sañudo, Fermín; “El Derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 699.

²⁵³ Ariño Ortiz, Gaspar y López de Castro-García Morato, Lucía; en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 480.

El contenido de estos tres artículos arriba expuestos constituyen mecanismos constitucionales españoles de intervención en las actividades económicas en pos de articular la libertad de empresa, el derecho de propiedad privada, la participación en actividades económicas y la planificación e intervención pública en la economía.

Luis Cosculluela Montaner enumera además principios que deben presidir la actividad pública en la economía: principio de respeto y garantía de la economía de mercado, unidad de mercado nacional, protección del consumidor, protección del medio ambiente, racionalidad y proporcionalidad, menor onerosidad en las medidas de intervención pública que supongan restricción de la libertad de empresa, sumisión a las reglas de competencia de la actuación empresarial pública y a la especialidad de su actividad que resulte de los estatutos de empresas públicas, agilidad y eficacia en todas las actuaciones públicas que inciden en la actividad económica y confianza legítima y buena fe²⁵⁴. Sobre este último, Eduardo García de Enterría explica que si bien se ha sostenido que el principio de protección de la confianza debe verse en una concreción del principio de seguridad jurídica (artículo 9 inciso 3 de la Constitución española), “el principio de seguridad jurídica informa, en realidad, la totalidad del ordenamiento jurídico, del que es uno de sus constitutivos elementos esenciales, pero ello no impone que haya que prestar a esa totalidad rango constitucional”²⁵⁵.

Ramón Martín Mateo enuncia posicionamientos de la Constitución “superdeterminadores” de específicas decisiones económicas que pueden adoptar los poderes públicos y que invalidarían, en caso de conflicto decisiones y medidas que contradijesen estos superiores dictados. Para el autor, estos son: el progreso económico (artículos 40 inciso 1; 130 inciso 1 y 131 inciso 1 de la Constitución española); el equilibrio interregional (artículos 2; 138 inciso 1; 158 inciso 1 y 158 inciso 2 del texto constitucional); la nivelación de las rentas personales (artículos 130 inciso 1; 131 inciso 1 y 140 inciso 1 del mismo texto) y la unidad de mercado (artículos 139 inciso 2)²⁵⁶.

Justamente, Martín Bassols Coma agrega que un punto clave para la interpretación de las normas constitucionales expuestas es la acción económica general como visión de conjunto de la totalidad del sistema económico en sentido global²⁵⁷.

En síntesis y como se observa en la literatura relevada, la actividad interventora del Estado en la economía encuentra sus límites y orientación funcional en los principios y derechos de raigambre constitucional, tanto de índole formal como sustancial.

²⁵⁴ Cosculluela Montaner, Luis; Derecho público económico, Editorial Iustel, Madrid, 2000, Págs. 27 a 34

²⁵⁵ García de Enterría, Eduardo; “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en Cosculluela Montaner, Luis; Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Cívitas, Madrid, 2003, Págs. 40 y ss.

²⁵⁶ Martín Mateo, Ramón; Derecho público de la economía, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1985, Págs. 34 y ss.

²⁵⁷ Bassols Coma, Martín; Constitución y sistema económico, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, Pág. 235.

El poder estatal de intervención en la economía en Argentina.

El artículo 42 de la Constitución argentina -modificado por la reforma del año 1994- dispone que *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”* (el subrayado es agregado).

Esta norma recepta la **actividad reguladora del Estado en la economía** fijando su orientación hacia la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. Aquí el constituyente traslada al legislador la atribución para fijar mecanismos interventores para la defensa de la competencia, la defensa de los usuarios y consumidores y la calidad de los servicios públicos. Por su parte orienta al legislador ordinario a establecer procedimientos para la prevención de conflictos especialmente en sectores sensibles para la ciudadanía como por ejemplo el suministro de los servicios públicos. Agrega aquí, de manera similar al arriba estudiado caso **español** (artículo 129 de la Constitución española), la participación de un colectivo -los consumidores y usuarios- en los organismos de control de los servicios públicos.

El texto supremo se ubica en la posición del consumidor y usuario –más débil en las relaciones de intercambio de bienes y servicios- para reconocer y desplegar la función pública reguladora en las relaciones económicas. En especial resguarda la defensa de la competencia que se proyecta en la totalidad de los sectores económicos.

Otro mecanismo de **intervención en sectores económicos** se encuentra receptado en el artículo 75 inciso 18 de la Constitución argentina. La norma establece que corresponde al Congreso de la Nación *“Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y*

la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

Aquí el texto constitucionaliza la actividad administrativa de fomento en sectores entendidos como estratégicos. Empero, proyecta una cláusula abierta en pos de las actividades que reflejen un “adelanto y bienestar”. Por otra parte, propende a la intervención del Estado en emprendimientos de infraestructuras (“promoción de la industria”, “construcción de ferrocarriles y canales navegables”, “importación de capitales extranjeros”, entre otros) que puede ser llevada a cabo tanto por el propio Estado como por los actores económicos privados.

Previo a la reforma constitucional del año 1994, Rafael Bielsa justamente ha dicho que “la intervención del Estado es necesaria, cualquiera sea el sistema que se adopta (de proteccionismo o de libre cambio), en materia de política comercial, pues ello concierne a relaciones internacionales –tratados y convenciones- y de régimen aduanero, que son materia de gobierno privativa de la Nación”²⁵⁸.

También Juan González Calderón acotaba que de los medios y procedimientos para “promover” la industria el Congreso de la Nación “es quien juzga, con criterio circunstancial, dentro de las reglas establecidas en la misma Constitución. Ésta no la ha preindicado rigurosamente un sistema absoluto para hacerlo de tal o cual modo. Entre un proteccionismo inflexible y la más libre concurrencia hay infinidad de graduaciones según cambian las situaciones y las conveniencias del país”²⁵⁹.

Como explicaba Jorge Vanossi, por medio de las cláusulas económicas y sociales los constituyentes trataron de encontrar un punto de equilibrio en las tensiones existentes entre la primacía de los valores de libertad y de igualdad²⁶⁰.

Parecería que la reforma de la Constitución nacional de 1994 obliga a repensar tal amplitud discrecional por parte de la legislación.

Justamente Germán Bidart Campos entiende que después de la reforma resulta insuficiente ceñirse al antiguo artículo 67 inciso 16 (actual artículo 75 inciso 18 de la Constitución argentina cuya redacción se mantiene incólume del texto histórico) “porque las pautas han crecido y exhiben además una relación estrecha con el sistema axiológico y con los derechos de la parte dogmática... Se trata de un amplio arco de cuestiones vinculadas con el desarrollo, la educación, la ciencia y la cultura, sin dejar de lado otros importantes temas como la política demográfica, la economía, la calidad de vida, la igualdad de oportunidades, la autonomía y autarquía de las

²⁵⁸ Bielsa, Rafael; Derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959, Págs. 772 y 773.

²⁵⁹ González Calderón, Juan; Curso de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988 [1923], Págs. 435 y 436.

²⁶⁰ Vanossi, Jorge; El Estado de derecho en el constitucionalismo social, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1982, Págs. 297 y 298.

universidades nacionales, la participación social y familiar en la ecuación, etc.”²⁶¹. Por otro lado el precepto conforma privilegios de derecho público de base constitucional que deben ser interpretados restrictivamente y su carácter temporal se encuentra fijado explícitamente. Alejandro Pérez Hualde se inclina en el mismo sentido que lo anterior²⁶².

Otro caso de atribución de potestades interventoras del Estado en las actividades económicas se lo puede identificar en la previsión establecida en el artículo 75 inciso 19 de la Constitución argentina. La norma dispone que corresponde al Congreso de la Nación “*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales*”.

Este inciso –agregado por la reforma de la Constitución nacional de 1994– complementa la denominada “**cláusula del progreso**” (inciso 18 del mismo artículo). Reafirma los objetivos políticos-económicos (orientación al “desarrollo humano y progreso económicos con justicia social”) con gran influencia en la cuestión social (“generación de empleo”, “formación profesional de los trabajadores”). También asume el carácter productivo de la Constitución socioeconómica.

Sobre esto último, Andrés Gil Domínguez sostiene que el agregado de la reforma constitucional “imposibilita la imposición de un sistema económico basado exclusivamente en la especulación financiera”²⁶³.

²⁶¹ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo II-B, Pág. 74.

²⁶² Pérez Hualde, Alejandro; Constitución y economía, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, Págs. 109 y ss.

²⁶³ Gil Domínguez, Andrés; Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 87.

Miguel Ekmekdjian, por su parte, entiende que la norma resulta incompatible con la aplicación de un modelo económico de liberalismo ortodoxo que excluya completamente las actividades regulatorias del Estado²⁶⁴.

La norma agrega además la actividad regulatoria monetaria (“defensa del valor de la moneda”)²⁶⁵, la investigación, difusión y aprovechamiento del desarrollo científico.

Finalmente consagra de manera expresa la gratuidad y equidad en la ecuación pública estatal y la autonomía y autarquía universitaria.

En síntesis, el trinomio arriba expuesto conforma el principal núcleo normativo justificante de la actividad interventora del Estado en las actividades económicas –poder estatal- contenido en la Constitución socioeconómica argentina.

vi) Subsistema recaudatorio y financiero de generación de recursos.

La Constitución socioeconómica contiene un esquema de generación de recursos y orientación del gasto público. Ambos elementos constituyen el andamiaje socioeconómico-fiscal del esquema de derechos y garantías allí reconocido y aseguran el imperio de la norma suprema por sobre el ordenamiento infraconstitucional fiscal y ejecutivo del gasto público.

Es decir, la Constitución socioeconómica íntegramente concebida **delinea los criterios generales de recaudación (y administración activos) y gasto** (ejecución de la recaudación) **económico** que de ninguna forma quedan librados a la absoluta voluntad de los poderes constituidos o del poder económico.

Esto implica consagrar las garantías constitucionales **formales** tributarias (*nullum tributum sine lege* o principio de legalidad o reserva de ley, principio de igualdad y generalidad, principio de irretroactividad, razonabilidad y no confiscatoriedad de las leyes fiscales) y el **establecimiento y administración del resto de los activos públicos**. Pero también comprende fijar la **finalidad de esas imposiciones y activos** (es decir, garantizar la efectividad de los derechos reconocidos), a la cual deberá atenerse y ajustarse la normativa infraconstitucional.

Sencillamente, impone vincular recaudación-gasto y orientar esa relación al plan constitucional. Considerar lo contrario implicaría reconocer tres consecuencias, mediatas o inmediatas, que a su vez pueden presentarse individual o simultáneamente:

a) Permitir que la Constitución socioeconómica quede cautiva del **desconcierto financiero** (muchas veces turbulento) y sujeto a las resultas que apareje tal anomia, en especial respecto a

²⁶⁴ Ekmekdjian, Miguel; Tratado de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, tomo IV, Págs. 558 y ss.

²⁶⁵ En su vinculación con el endeudamiento externo; Dalla Vía, Alberto; “El tratamiento constitucional de la deuda externa”, en Amaya, Jorge (coordinador); Visiones de una Constitución, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2004, Págs. 353 y ss.

la falta de seguridad jurídico-económica, ausencia de previsibilidad y la problemática de la eficiencia;

b) Divorciar el subsistema recaudatorio-tributario y de ejecución del gasto público del derecho de la Constitución y por lo tanto **escindirlos de la supremacía** (y del control) que la norma fundamental impone;

c) Alegar –implícita o explícitamente- que la preocupación por la regulación de las esferas fiscales y de gasto es **ajena a la búsqueda de la eficiencia de los derechos fundamentales** que forman parte de la Constitución socioeconómica (es decir, de su programa)

En otras palabras, si se pretende eludir el ajuste del sistema recaudatorio y de ejecución del gasto público de financiamiento a la Constitución socioeconómica (y por ende su supremacía) se evita abordar el debate sobre la garantía de los derechos fundamentales con el adecuado rigor científico que su estudio se merece.

Los ordenamientos constitucionales modernos establecen cláusulas que reglamentan la actividad tributaria y sus principios.

En **Argentina** hacen los suyos los artículos 4, 76 incisos 1 a 9, 85, 100 incisos 6 y 7 de la norma suprema.

En el caso de **España** los artículos 133 a 136 de su Constitución regulan lo relativo a la fijación de tributos, elaboración de presupuestos públicos, emisión de deuda pública y contralor contable.

En la normativa internacional, el artículo 2 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (suscripto y ratificado por España y Argentina) establece que *“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”* (el subrayado es agregado).

Naturalmente, y como se observa en esta última norma internacional citada, la previsión recaudatoria debe vincularse con los parámetros de gasto público que seguidamente se analiza.

vii) Orden socioeconómico determinado orientado a la satisfacción de las necesidades sociales (orientación del gasto público).

¿Cuál es la finalidad del establecimiento de un orden socioeconómico determinado? ¿Qué objetivos debe perseguir dicho orden socioeconómico?

El interrogante aparenta ser retórico, pero la experiencia empírica observada indica que muchas veces no lo es²⁶⁶.

La Constitución socioeconómica tiene por finalidad **la satisfacción de las necesidades sociales**, o lo que es lo mismo, **garantizar eficazmente la totalidad de los derechos reconocidos en el correspondiente texto constitucional**.

Es decir, no se limita únicamente a la satisfacción de los derechos económicos y sociales, sino que aquí incorpora y conjuga al resto de los derechos –de naturaleza civil y política- como orientadores de su actividad (plan de la Constitución). O sea que la “satisfacción de las necesidades sociales” debe interpretarse, en lo que el presente trabajo se refiere, como los valores reconocidos generalmente por la comunidad y jurídicamente plasmados en la norma suprema.

En este orden de ideas y en lo atinente al subsistema de gasto público y ejecución de los recursos económicos recaudados impositivamente, la actividad de intervención pública no puede estar direccionada hacia otros fines distintos y su potestad –limitativa de los derechos y actividades socioeconómicas- debe siempre justificar este rumbo²⁶⁷.

Por supuesto que la ponderación de valores constitucionales juega aquí un papel fundamental al momento de analizar cada caso particular y al alcance de la afectación de intereses puesta en colisión.

¿Cuántos recursos económicos públicos deben ser generados?, ¿cuáles son los parámetros para recaudar impositivamente?, ¿hacia dónde se debe orientar el gasto público?, ¿cuál es el máximo de endeudamiento que una legislatura puede tomar sin comprometer a las generaciones futuras?, los poderes constituidos ¿están autorizado a elaborar los presupuestos sin otros criterios constitucionales más que los establecidos por la formalidad tributaria?

Frente a tales interrogantes, la respuesta única y genérica es similar. La Constitución socioeconómica fija las pautas orientadoras tanto del esquema recaudatorio (y de

²⁶⁶ Stiglitz, Joseph; Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial, Editorial Taurus, Buenos Aires, 2010. Sin perjuicio que la presente sección del trabajo de tesis constituye, como se ha dicho, un estudio jurídico teórico, luego comparativo (entre los casos de España y Argentina), resulta oportuno vincular el subsistema de ejecución presupuestaria pública con los numerosos casos empíricos (con énfasis puesto en el caso de Estados Unidos) que la obra señalada expone a partir de la observación de la crisis económica mundial del año 2008.

²⁶⁷ Corti, Horacio; “La constitucionalización del gasto público”, en Revista Lecciones y Ensayos, n° 64/65 Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995-1996, Págs. 33 y ss.

administración de activos financieros) como del de gastos: la satisfacción de los derechos reconocidos en la constitución.

Naturalmente que esta afirmación no establece soluciones concretas a la hora de determinar las cantidades, métodos e instrumentos de fijación recaudatoria y de gasto público. Pero **tampoco es finalidad de la Constitución socioeconómica hacerlo acabadamente.**

El principio democrático, junto a la pluralidad y diversidad político-económica permite que esas decisiones sean llevadas a cabo razonablemente por los representantes coyunturales (principalmente el legislador ordinario), aunque siempre en el marco de la Constitución socioeconómica.

En el caso español, la reforma del año 2011 ha establecido principios y pautas de estabilidad presupuestaria que remiten al Derecho de la Unión europea.

El caso español. El principio de estabilidad presupuestaria y la reforma al artículo 135 de la Constitución.

El nuevo artículo 135 de la Constitución española (Título VII “Economía y Hacienda”) modificado por la reforma llevada a cabo entre los meses de agosto y septiembre del 2011 dispone lo siguiente:

- “1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.*
- 2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.*
- 3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión. El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*
- 4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la*

sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.”

A su vez, la reforma de la Constitución española introdujo dos cláusulas complementarias.

Una formal, referida al tiempo de su entrada en vigor, es decir el día de su publicación en las lenguas del país (castellano, euskera, català/valencià y galego, artículo 3 inciso 2 de la Constitución española y Estatutos de Autonomía) en el Boletín Oficial. También, una disposición adicional única, la cual establece que la Ley Orgánica prevista en el artículo 135 de la Constitución Española debe estar aprobada antes de determinada fecha (30 de junio de 2012). Luego agrega que esta ley debe contemplar los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el artículo 135 inciso 3 en su nueva redacción. Por último, señala que los límites de déficit estructural establecidos en el 135 inciso 2 de la Constitución Española entrarán en vigor a partir del año 2020. Es decir, el constituyente del año 2011 difirió la aplicación de esta cláusula de estabilidad presupuestaria nueve años hacia delante.

Expresamente y como introducción, la norma consagra el principio de estabilidad presupuestaria, tanto en el plano nacional como en el plano subnacional de las autonomías. Seguidamente agrega que tanto el Estado nacional como las Comunidades autónomas (entidades subnacionales del territorio español) **reconocen un límite al eventual déficit estructural** que deberá ser fijado por una Ley Orgánica, la cual a su vez recogerá los márgenes establecidos por la Unión Europea. En tercer lugar –y tal vez el aspecto central de la reforma-, el artículo de la Constitución establece que el pago de la deuda pública “gozará de prioridad absoluta”.

Este criterio no es nuevo en la historia jurídica de España. Cabe recordar que la Constitución española de 1931 establecía en su artículo 118 criterios asimilables, por cuanto afirmaba que “*La Deuda Pública está bajo la salvaguardia del Estado. Los créditos necesarios para satisfacer el pago de intereses y capitales se entenderán siempre incluidos en el estado de*

gastos del Presupuesto y no podrán ser objeto de discusión mientras se ajusten estrictamente a las leyes que autorizaron la emisión. De idénticas garantías disfrutará, en general, toda operación que implique, directa o indirectamente, responsabilidad económica del Tesoro, siempre que se dé el mismo supuesto”.

Por otra parte, el nuevo artículo 135 de la Constitución de 1978 asume que el volumen de la deuda pública “no podrá” superar el fijado por las directrices europeas.

¿Qué implica que el pago de la deuda debe gozar de “prioridad absoluta”, en los términos del artículo 135 inciso 2?

El margen de actuación razonablemente constitucional del legislador dará respuesta a este interrogante.

La norma concibe excepciones a estos límites de déficit y endeudamiento para los casos de “*catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado*”, estableciendo una mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados para su aprobación. Finalmente faculta al legislador a desarrollar los principios señalados en la misma cláusula.

Si bien la norma constitucional española no establece los límites al endeudamiento y el déficit de manera cuantitativa como sí lo hace el antes analizado caso alemán (artículo 109 inciso 3 y 115 inciso 2 de la Ley Fundamental de Bonn), reconoce expresamente aquella “prioridad absoluta” para el pago de deuda pública (artículo 135, inciso 3 de la Constitución española)²⁶⁸.

²⁶⁸ Cao, Christian; “Estabilidad presupuestaria y Constitución. La limitación al déficit y al endeudamiento público introducido en las reformas constitucionales española y alemana”, en Revista Jurídica La Ley (suplemento actualidad) edición de 22 de diciembre de 2011, Tomo 2012-A, Buenos Aires, 2011.

6. La matriz ideológica de la Constitución económica: Neutralidad o parcialidad. Los casos de España y Argentina.

Una Constitución socioeconómica determinada puede presentarse ideológicamente **neutral** en referencia a los distintos modelos económicos conocidos y aplicables. O contrariamente, el sistema constitucional económico puede **orientar** sus principios y contenidos de forma expresa y deliberada hacia una determinada forma de ordenación de la economía.

Alguna literatura denomina esto como el “componente ideológico”, es decir, un dato que permite visualizar a la Constitución en razón de un contenido o conjunto de decisiones públicas que encuentran su origen en las fuerzas políticas que influyen y configuran determinado modelo²⁶⁹. Nosotros preferimos utilizar el concepto “matriz ideológica” de la Constitución socioeconómica.

De esta manera, las expresiones ideológicas **neutrales**, o bien encuentran ausencia de manifestaciones sobre un determinado tipo de modelo socioeconómico, o bien especifican textualmente que el ordenamiento constitucional prescinde de él, dejando a tal actividad a los intérpretes y poderes constituidos.

Por su parte, las Constituciones socioeconómicas que sí parcializan su ideología —u **orientadas**— poseen a su vez, según entendemos, dos modos de determinarla. A la primera categoría la denominaremos determinación ideológica declarativa, y a la segunda, determinación ideológica constitutiva. Seguidamente las desarrollamos y caracterizamos.

Determinación ideológica-declarativa en la Constitución socioeconómica. Estudio de casos.

La determinación declarativa de la ideología de la Constitución socioeconómica parte de la **expresa manifestación** que el texto hace sobre **la adopción de cierto modelo económico**. Veamos algunos ejemplos.

En la Constitución portuguesa del año 1976 se observa la adopción, en rigor de verdad la adopción o tendencia ideológica, de un cierto y determinado orden socioeconómico hacia el cual debería conducir el modelo lusitano: el socialismo.

Textualmente, su artículo 2 de la norma suprema establece: “*Estado democrático y transición al socialismo. La República portuguesa es un Estado democrático, basado en la*

²⁶⁹ Brey Blanco, José; “Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, tomo I, Pág. 86.

soberanía popular, en el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales y en el pluralismo de expresión y de organización política democráticas, y tiene por objetivo asegurar la transición hacia el socialismo mediante la creación de condiciones para el ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras” (el subrayado es agregado).

Como se observa, la norma constitucional portuguesa opta y declara deliberadamente “transitar” hacia un modelo socioeconómico entre sus objetivos teleológicos. Por ende, la adopción de un programa económico caracterizado por la completa ausencia del Estado en el ordenamiento de la economía y la redistribución de la renta contrariaría, al menos en la letra, la Constitución de Portugal.

En similar sentido, aunque con menor claridad, la Constitución italiana de 1948 dispone en su artículo 1 que *“Italia es una República democrática fundada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución”*.

Sin embargo, aquí la interpretación permite una mayor amplitud. La remisión al fundamento *“en el trabajo”* no implica necesariamente desconocer el aporte de otros factores de producción -como por ejemplo el capital o la tierra- o el acogimiento a un modelo de producción capitalista o economía de mercado. Pero sí implica no desconocerlo o relativizarlo. Es decir, importa preponderar aquella actividad económica-productiva rechazando, por ejemplo, todo modelo económico con basamento exclusivo en términos de especulación económica o financiera.

En otro caso, la Constitución **española** de 1978 expresa retraídamente la inclinación ideológica por cierto modelo. La norma destaca el “Estado social”, y en el plano económico, la “economía social de mercado”, permitiendo de esta manera que el desenvolvimiento de la actividad por parte de los poderes constituidos puedan optar por diversas alternativas, siempre que observen los derechos fundamentales reconocidos en el texto.

Además, el preámbulo del texto español -en su parte pertinente- establece que: *“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:...Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo...”* (el subrayado es agregado).

El texto supremo avanza sobre definiciones ideológicas económicas, ya que posteriormente, su artículo 1 establece que *“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”* (el subrayado es agregado).

Como se evidencia, la norma reconoce el carácter “social” del Estado, aunque reconociendo la amplitud que el término significa. Agrega seguidamente -y complementariamente-, los conceptos de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, los cuales amplían el margen de interpretación. ¿Ello determina un modelo socioeconómico específico? Veamos.

Desde la doctrina jurídica constitucional española se han expuesto varias posiciones.

Manuel García Pelayo, en uno de los primeros trabajos sobre la Constitución económica en el texto de 1978 sostiene que allí podrían caber gran parte de los modelos económicos conocidos. Afirma que “el sistema que parte de la normatividad constitucionales, desde el punto de vista económicos, el sistema neocapitalista históricamente unido desde su nacimiento al *Welfare State* o al Estado Social. Se trata –como es sabido- de un sistema sustentado sobre la economía de mercado, aunque con fuertes componentes oligopolistas, cuyos actores principales son las empresas privadas, pero en el que el Estado no sólo tiene la función de regulador jurídico, administrativo y económico del sistema, sino que simultáneamente tiene a su cargo una función social...”. Sin embargo, seguidamente aclara que “Pero el hecho de que la Constitución establezca las normas jurídicas que hacen posible el sistema neocapitalista no puede deducirse que lo imponga. **Imponer un sistema económico no ha sido, ni puede ser objeto de las Constituciones democráticas y hasta ahora sólo lo ha sido objeto de las constituciones socialistas de modelo soviético**” (el destacado es agregado).

Finalmente agrega que “...pero ello no quiere decir que lo sancione (al modelo económico neocapitalista), ni que la validez de dichas normas sea compatible con modificaciones al mencionado sistema”²⁷⁰ (el añadido entre paréntesis es agregado). Para el autor, el texto de 1978 permitiría conciliar su estructura con diferentes modelos económicos siempre que respete la economía de mercado, la libre iniciativa empresarial, las distintas formas de propiedad y la planificación.

En una postura crítica, Gaspar Ariño Ortiz ha dicho que en el modelo constitucional español “no caben todo tipo de medidas de intervención estatal, incluso las que supongan un falseamiento total del sistema...” y aunque no existiría un modelo económico “rígido”, sí existirían, para el autor, unas “líneas maestras”: los derechos establecidos en la Constitución (libertad de empresa, propiedad privada, igualdad)²⁷¹. En ese orden de razonamiento, el autor fundamenta su crítica a la tesis de Eduardo García de Enterría²⁷², quien es uno de los expertos que interpreta a la Constitución como norma jurídica²⁷³.

Desde otras posiciones ideológicas también se ha rechazado la “ambivalencia” de la Constitución económica española. Francisco Balaguer Callejón, por ejemplo, asume que el Estado social es la expresión de un pacto histórico, y que en la reivindicación tanto de la mera actividad asistencial como la transformación social cualitativa hay zonas de de intervención del Estado y de igualación social. Ambos constituyen el “principio nuclear de una cultura

²⁷⁰ García Pelayo, Manuel; “Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución”, en Ramírez Manuel (editor) Estudios sobre la Constitución española de 1978, Editorial Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, Págs. 50 y 51.

²⁷¹ Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de Derecho Público Económico, Editorial Comares, Granada, 2004, Pág. 132.

²⁷² García de Enterría, Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Cívitas, Madrid, 1981.

²⁷³ Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de Derecho Público Económico, Editorial Comares, Granada, 2004, Pág. 135 y ss.

constitucional de progreso”, no sólo en la promoción de la igualdad sino también de la dignidad de la persona²⁷⁴.

Más adelante se desarrollarán con mayor amplitud las distintas posiciones ideológicas recabadas en la literatura constitucional española.

En el caso **argentino**, el texto constitucional se presenta aún más complejo a la hora de indagar su matriz ideológica socioeconómica.

A la promoción del “bienestar general” consagrado en el preámbulo de la Constitución histórica de 1853 se le añaden tres reconocimientos al derecho de propiedad privada (artículos 14, 17 y 20) y la conformación de un mercado nacional (artículos 9 a 12). Posteriormente, la reforma de la norma suprema del año 1957 introdujo los derechos sociales reconocidos en su artículo 14 bis. Y finalmente la reforma del año 1994 introdujo, por ejemplo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales y la protección de los usuarios y consumidores de servicios públicos, entre otros (artículo 42).

Estas normas se complementan con el artículo 75 inciso 18 que consagra la actividad promocional de la industria, el transporte, la urbanización, la importación de capital extranjero, entre otras; y el inciso 19 que reconoce la provisión del progreso económico con “justicia social”, de la productividad de la economía nacional y la ciencia y la tecnología, entre otros.

En consecuencia puede sostenerse que si bien el texto argentino actual **no prefiere ningún modelo económico particular**, rechazaría la implementación de todo programa o política económica que ideológicamente afecte a los principios allí enunciados. A modo de ejemplo, no sería compatible con el texto supremo un plan económico sustentado exclusivamente en la especulación financiera o comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro, o bien un modelo en el cual la propiedad de los medios de producción sea exclusivamente de propiedad estatal. Más adelante serán expuestas las posturas de la doctrina constitucional sobre el posicionamiento ideológico del texto constitucional argentino actual.

Determinación ideológica-constitutiva en la Constitución socioeconómica. Metodología.

Otra forma de interpretar la ideología económica de una Constitución socioeconómica –o al menos asignarle un valor ideológico económico- es **analizar el reconocimiento** –u omisión, e

²⁷⁴ Balaguer Callejón, Francisco; “El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación del la cláusula del Estado social”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 91.

incluso prohibición- **de determinados principios y derechos económicos, sociales y culturales, conjuntamente con su amplitud y alcance.** Y a partir de ese ejercicio, lograr interpretar o extraer su matriz socioeconómica.

Anteriormente se ha afirmado que uno de los elementos esenciales del concepto de Constitución moderna es el reconocimiento de derechos fundamentales. Ellos tienen entre sus funciones limitar el poder político.

Conforme a la clasificación de derechos utilizada como soporte argumentativo en la presente tesis resulta claro que no todos los derechos fundamentales poseen un contenido o esencia económica. Por lo tanto, es posible que un ordenamiento constitucional determinado reconozca la división de poderes y la garantía de ciertos derechos fundamentales (en los términos de una Constitución moderna conforme al artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), pero que éstos no posean un contenido económico. Por ejemplo, un hipotético sistema de derechos constitucional podría reconocer solamente derechos políticos y civiles, entendidas como libertades.

Así, de la conclusión que se obtenga sobre el estudio del espectro de derechos de un ordenamiento constitucional determinado se podrá advertir la determinación ideológica-constitutiva.

A modo de ejemplo, si un ordenamiento constitucional concreto reconoce —entre los derechos económicos- únicamente el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado sin posibilidad de intervención estatal en esas actividades y a su vez desconoce derechos sociales y culturales, su determinación ideológica se orientará hacia posiciones económicamente liberales. Contrariamente, si una determinada Constitución socioeconómica reconoce la propiedad privada valorando su función social y además concibe derechos sociales y culturales amplios, operativos y con igual jerarquía jurídica, tendrá una marcada impronta social.

Justamente, las secciones posteriores del presente trabajo que comparan el reconocimiento y alcance de derechos económicos, sociales y culturales entre España y Argentina permitirán obtener, por parte del intérprete, determinaciones ideológicas-constitutivas de ambos modelos jurídicos y contrastarlas, a su vez, con otros modelos distintos a los expuestos.

Determinación ideológica-declarativa y determinación ideológica-constitutiva de la Constitución socioeconómica. Modelos contrastados de los tipos puros o ideales.

En virtud de las construcciones arriba propuestas e interrelacionando y contrastando los enfoques que propuestos, la analítica de la ideología de una Constitución socioeconómica puede presentar los siguientes tipos ideales o “puros” de carácter teórico:

- a) La Constitución socioeconómica sí se inclina en forma declarativa por un modelo socioeconómico particular;
- b) La Constitución socioeconómica no se inclina en forma declarativa por ningún modelo socioeconómico particular;
- c) La Constitución socioeconómica (sí/no) se inclina declarativamente por un modelo económico particular y sí establece criterios económicos limitadores (respeto de derechos y principios socioeconómicos fundamentales contenidos las fuentes del derecho constitucional);
- d) La Constitución socioeconómica (sí/no) se inclina declarativamente por un modelo económico particular, y no reconoce criterios económicos limitadores (no contiene derechos y principios socioeconómicos fundamentales, aunque sí podría reconocer otro tipo de derechos fundamentales).

Al aplicar metodológicamente una comparación y posteriormente un cruzamiento y su interrelación, la fórmula evidencia la siguiente conclusión: el factor enumerado como “c)”, tanto en la variante “a)” (Constitución inclinada por un determinado modelo económico), como “b)” (Constitución neutral respecto a todo modelo económico) representa el límite al poder político-económico a partir de la enumeración de derechos socioeconómicos.

Así, y en **conclusión, el factor “c)” resulta el componente central y diferenciador, ya que dota de estabilidad y coherencia a la Constitución socioeconómica conforme a los elementos descriptos como mínimos e imprescindibles para la hipótesis definitoria que anteriormente propusimos.**

En cambio, la observancia del factor “d)” limita sólo los derechos civiles y políticos pero no reconoce derechos económicos y sociales, por lo que empíricamente podría dejar a los poderes coyunturales (políticos o económicos) el libre establecimiento de un sistema económico determinado, o bien el tránsito hacia uno declarativamente fijado, aún -en ambos- a riesgo de no encontrar límites.

Frente a tal circunstancia el resultado de esta última variante será, o bien un modelo fijado por las coyunturas del poder ilimitado (político o económico), o bien una tendencia hacia modelos absolutos o radicalizados (como consecuencia del ejercicio de ese poder ilimitado), sea de economía centralizada o de ausencia estatal en el modelo de producción y/o de los intercambios económicos.

Esto es así ya que al no existir sistemas regulatorios que acoten el esquema de poder, este último tenderá a su crecimiento y acumulación ilimitada de poder (capital) sin encontrar más

límites que los que se autoformulen. Ello debido a que el poder (económico, en este caso) persigue, por su propia naturaleza, acrecer²⁷⁵.

El siguiente cuadro comparativo de doble entrada grafica las relaciones entre la Constitución socioeconómica y su ideología y el reconocimiento de derechos económicos-sociales:

Derechos/expresión ideológica	Constitución declarativamente neutral	Constitución declarativamente ideológica
Reconocimiento de derechos económicos-sociales	Adoptable <u>cualquier</u> modelo económico (por los poderes constituidos), <u>con límites</u> en los derechos fundamentales	Aplicable <u>un determinado</u> modelo económico (por la Constitución socioeconómica), <u>con límites</u> en los derechos fundamentales
No reconocimiento de derechos económicos-sociales	Determinación de <u>cualquier modelo</u> económico por los factores de poder (político-económico), <u>sin límites</u> (basado en no reconocimiento de derechos)	Determinación de <u>un modelo</u> económico con tendencia hacia su absoluto o radicalización (variantes economía centralizada o liberalismo extremo) <u>sin límites</u> (basado en no reconocimiento de derechos)

Ahora bien, continuando y desde la teoría general surge un interrogante ¿es posible concebir la idea de una Constitución socioeconómica completamente aséptica de los modelos económicos conocidos y aplicables?

En esto, recogiendo lo enseñado –más arriba citado- por Manuel García Pelayo, alguna doctrina señala, por ejemplo, que no es propio de una Constitución democrática imponer un sistema económico, entendiendo que “Lo que hace una Constitución democrática es ofrecer posibilidades de realización a los programas de los partidos políticos que obtengan la confianza del electorado”²⁷⁶.

Otro sector afirma que no todo sistema económico puede ser asimilable por una Constitución económica. “Una constitución económica abierta no es lo mismo que una

²⁷⁵ Duverger, Maurice; Instituciones políticas y derecho constitucional, Editorial Ariel, Barcelona, 1963, Págs. 18 y ss.

²⁷⁶ Torres del Moral, Antonio; Principios de derecho constitucional español, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, tomo I, Pág. 499.

Constitución económica vacía y desprovista de fuerza jurídica”. Para el caso español, por ejemplo, se ha opinado que “Si así fuera, si nuestra Constitución económica lo tolerara todo, habría que dar la razón a los escépticos: no sería una verdadera Constitución económica”²⁷⁷.

A continuación se describe el debate académico constitucional expuesto en los casos de España y Argentina.

La matriz ideológica de la Constitución socioeconómica. La posición de la doctrina jurídica en los casos de España y Argentina.

Una vez expuestas las definiciones, elementos y categorías de teoría general del concepto de Constitución socioeconómica, resulta atinado continuar con la siguiente etapa del trabajo de tesis y avanzar hacia la dogmática de los casos bajo análisis de **España y Argentina**.

Primeramente, procedemos al planteo de algunos interrogantes: ¿es la Constitución económica neutral respecto a los diferentes modelos económicos?, ¿se inclinan por algún arquetipo particular?, ¿o dejan abiertas las variantes al legislador ordinario salvaguardando principios y derechos que el sistema a escoger no puede soslayar?

Veamos algunas opiniones de la doctrina jurídica sobre la matriz ideológica en el caso de **España**.

Para algunos autores, la Constitución económica española posee una base claramente liberal²⁷⁸. Tal fundamento radica en que el texto consagra dos pilares fundamentales del capitalismo: propiedad privada y libertad de empresa, aunque modulado por la función correctora que cumplen los preceptos recogidos en el Título VII del texto. También Santiago Larrazábal Basañez se enrola en esta teoría, aunque aclarando que el modelo español no coincide exactamente con el capitalismo tradicional²⁷⁹.

Ramón Martín Mateo, con un matiz, estima que la Constitución española se pronuncia sobre el modelo que habitualmente se califica como “Estado social de Derecho, Economía Mixta o Social de Mercado”, lo que implica, de esta forma vincular a los poderes públicos, no sólo el respeto de conductas y situaciones jurídico-privadas compatibles o concordes con este modelo, sino el mandato activo dirigido a los responsables del Estado de llevar el logro de los objetivos constitucionalmente perfilados. ¿Cuáles son esos objetivos para el autor? El equilibrio entre los valores libertad, igualdad, individualidad y sociabilidad, dando más importancia a los valores

²⁷⁷ De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 169.

²⁷⁸ Brey, Blanco José y otros; Derecho constitucional de España (sistema de la constitución de 1978), Editorial Universitas, Madrid, 2006, Pág. 243.

²⁷⁹ Larrazábal Basañez, Santiago; Curso de Derecho Constitucional, Editorial Deusto, Bilbao, 2008, Tomo I, Pág. 495.

colectivos siempre y cuando no se sofoquen con ello los particulares. Más concretamente y traducidos en el articulado constitucional español, respecto a los derechos individuales: la propiedad privada, la libertad de empresa y el pluralismo económico (artículos 28, 38, 35 inciso 1 y 52 de la Constitución española). Respecto a los colectivos, la primacía del interés general (artículo 128 inciso 1) y la función social de la propiedad privada²⁸⁰. El desarrollo de estos preceptos normativos conjuntamente con los que componen la Constitución socioeconómica española serán analizados más adelante, al tiempo de compararlos con el caso argentino.

Isidre Molas, por su parte, se inclina por la opción de que la Constitución española establece un sistema de economía mixto. Para el autor, la Constitución económica, a) garantiza las libertades económicas clásicas (propiedad privada y herencia, libertad de empresa y economía de mercado), siempre subordinadas al interés general; b) permite la intervención pública en la vida económica; c) hace posible un sector público de la economía; d) prevé la planificación económica²⁸¹.

Otra línea argumentativa que transita en sentido diferente entiende que la Constitución económica española está abierta a interpretaciones y subsunciones extremadamente amplias que hacen imposible alinearlas con un modelo económico.

Oscar de Juan Asenjo, por ejemplo, hace un pormenorizado análisis sobre la aproximación histórica, las posiciones programáticas de los partidos políticos españoles ante la Constitución económica de 1978 y particularmente las interpretaciones contradictorias que pueden encuadrarse. A esta “Constitución del consenso”, como la llama el autor, la califica como un “mínimo común múltiplo”, a partir de las posiciones encontradas sobre la materia económica que encontró el proceso de gestación constitucional en “un compuesto en el que además de los factores comunes intervienen otros no comunes, privativos de cada grupo político, a los cuales éste no podía renunciar sin perder su propia identidad”. Frente a las ambivalencias que pudieran observarse, el autor propone entender que el texto de 1978 ofrece un marco abierto o marco de referencia susceptible de amoldarse a múltiples sistemas económicos. Pero agrega más adelante “que no todo sistema económico es asimilable por el ordenamiento constitucional español ni se puede presumir la constitucionalidad de cualquier ley o conducta de los agentes económicos”²⁸². Se fundamenta para ello en la sentencia del Tribunal Constitucional español n° 1/1982²⁸³.

Maximino Carpio García, por su parte, identifica el “orden económico constitucional” a la Constitución económica, basándose en la sentencia del Tribunal Constitucional español n°

²⁸⁰ Martín Mateo, Ramón; Derecho público de la economía, Centro de estudios universitarios Ramón Areces, Madrid, 1985, Pág. 28.

²⁸¹ Molas, Isidre; Derecho constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, Pág. 62.

²⁸² De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Págs. 17 a 39 y 54 a 69.

²⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 1/1982, de 28 de enero de 1982.

225/1993²⁸⁴. Este bloque estaría integrado, para el autor, por el conjunto de normas de rango constitucional destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica. Respecto al interrogante arriba planteado sobre la ideología de la Constitución económica, agrega que tal marco de extremadamente flexible y abierto a interpretaciones del mas diverso signo²⁸⁵. Finalmente reconoce la influencia del Derecho Comunitario o de la Unión en virtud del artículo 93 de la Constitución española. Y en el marco del Derecho de la Unión, enumera los principios estructurados por el sistema, que para el autor estos serían:

- creación de un mercado interior;
- reconocimiento de las libertades fundamentales de a) circulación de mercancías, b) de personas, c) de prestación de servicios y de establecimiento, y d) de capitales;
- respeto de los principios dirigidos al mantenimiento de la libre competencia;
- observancia de la apertura de los mercados públicos nacionales;
- establecimiento de una moneda única;
- estructuración de una política monetaria común;

Martín Bassols Coma explica que la configuración democrática del proceso político (constitucional) refleja determinados contenidos y exigencias inherentes a un orden económico-social (sistema capitalista). Reconoce sin embargo que no existe consenso “en que los postulados de este sistema sean los que deban informar con carácter excluyente el orden económico-social que tiene que diseñar la Constitución”. Concluye en que “la proliferación y dispersión de preceptos económicos no impide registrar importantes lagunas en una Constitución moderna y sensible al orden económico y a los criterios economicistas”. Sucede que, como señala el autor, en muchos casos “la Constitución satisface sus pretensiones con remitir a la ley absolutamente su modalidad y contenido”²⁸⁶.

En lo que la **jurisprudencia constitucional** se refiere, y de la misma forma en que el texto constitucional no se identifica con un régimen político o con un sistema político preciso, el sistema económico puede adoptar múltiples variantes considerando sus límites constitucionales²⁸⁷.

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 225/1993, de 8 de julio de 1993.

²⁸⁵ Carpio García, Maximino; “La unidad del orden económico y los principios de unidad de mercado y de unidad de la política económica”, en Balado Manuel y José García Regueiro, La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario, Editorial Boch, Barcelona, 2003, Pág. 765 a 767.

²⁸⁶ Bassols Coma, Martín; Constitución y sistema económico, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, Págs. 91 y 106.

²⁸⁷ Al respecto y en virtud de los lineamientos jurisprudenciales que determinan la vigencia de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución española) ver las sentencias del Tribunal Constitucional español nº 83/1984 de 24 de julio de 1984; nº 37/1987 de 26 de marzo de 1987 y nº 88/1986 de 1 de julio de 1986, entre tantas otras que más adelante serán analizadas.

Enoch Albertí Rovira se enrola en una postura más prescindente en lo ideológico, en cuanto al derecho constitucional económico. Además, el autor califica como impropio el uso del término Constitución económica. Entiende que una concepción abierta y flexible de la normas que de la Constitución se proyectan sobre la economía, que se inspira fundamentalmente en el principio de neutralidad económica que acogió en su momento el Tribunal Constitucional Federal alemán. Así, para el autor “no existe un *modelo económico constitucional* (en el sentido de sistema *externo* de conceptos que la Constitución haya simplemente acogido) desde el que pueda valorarse la legitimidad de la actuación de los poderes públicos en la el ámbito económico”²⁸⁸.

Juan Font Galán asume una posición similar, por lo que califica a la Constitución económica española como una “ambigüedad económica-constitucional”²⁸⁹.

Luciano Parejo Alfonso lo justifica igualmente por su diferente ubicación sistemática, de naturaleza, consistencia y eficacia jurídicas heterogéneas. También porque emplea conceptos más que indeterminados, abiertos, carentes de rigor y precisión jurídica²⁹⁰.

A todas estas posturas doctrinarias, se debe destacar que con anterioridad a la aprobación y sanción de la Constitución española de 1978 el debate ya había sido anticipado.

Justino Duque Domínguez proponía que la Constitución económica “tiene que ser una constitución de una economía mixta, en la que junto a la iniciativa de los particulares, se reconozca también la de las organizaciones públicas”²⁹¹.

Ignacio María de Lojendio, apoyado en los conceptos de economía colectiva y justicia definía a la Constitución económica (cuando se encontraba proyectándose) como el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada aunque no rígida. Sostenía que el caso de la Ley fundamental de Bonn es utilizado como paradigma al no establecer una ordenación, sino que en el marco trazado por ella deja un amplio campo de juego para su libre determinación por el legislador²⁹².

²⁸⁸ Albertí Rovira, Enoch; “La Constitución económica de 1978. (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”, Revista española de derecho constitucional, nº 71, mayo-agosto de 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Pág. 124.

²⁸⁹ Font Galán, Juan; Constitución económica y derecho de la competencia, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, Pág. 139.

²⁹⁰ Parejo Alfonso, Luciano; “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en: López Guerra, Luis; Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, Pág. 79.

²⁹¹ Duque Domínguez, Justino; “Iniciativa privada y empresa”, en: Sánchez Agesta, Luis (coordinador); Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, Pág. 59.

²⁹² María de Lojendio, Ignacio; “Derecho constitucional económico”, en Sánchez Agesta, Luis (coordinador); Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, Pág. 83.

Como se puede apreciar, las definiciones sobre la ideología de la Constitución económica **española** son variadas y diferentes. Recorren una amplia variedad de posicionamientos socioeconómicos, e inclusive varias abogan por su neutralidad.

Avanzamos seguidamente sobre las posturas jurídicas doctrinarias expuestas en **Argentina** en relación a la matriz ideológica de la Constitución socioeconómica, siempre recordando que, como se dijo más arriba a partir del relevamiento bibliográfico realizado, en la literatura argentina constitucional el empleo del término Constitución económica es mucho más restringido que en el caso de **España**.

Germán Bidart Campos se pregunta ¿el modelo socioeconómica habilita opciones? Responde que las pautas socioeconómicas de la Constitución obligan y vinculan porque comparten la fuerza normativa del derecho de la Constitución en la integridad sistemática y unitaria de sus normas, abren espacio para aplicarlas con modalidades diferentes y circunstanciales. Afirmar también que “el contenido del orden socioeconómico constitucional dispone de márgenes elásticos, pero siempre cercados por un perímetro vinculante que impide ser traspasado o violado por cualquier sistema que haga oposición y resulte incompatible a los parámetros de la constitución”²⁹³.

Jorge Vanossi interroga si la Constitución actual reconduce al modelo ideológico pragmático o al utilitario pragmático. Abrazado a las oscilaciones (en cuanto su amplitud) que han evidenciado ciertos institutos económicos-administrativos (como la intervención, el poder de policía, entre otros) apunta a la excesiva flexibilidad que es susceptible de encontrar el texto supremo. Recuerda que ciertos autores sostenían que incluso el socialismo como modelo era aplicable en el texto del año 1853²⁹⁴.

Andrés Gil Domínguez entiende que la última reforma de la Constitución nacional de 1994 produjo –conciente o inconscientemente- un cambio del paradigma constitucional hacia un modelo de economía social de mercado, en el marco de un Estado constitucional de derecho. Este modelo imposibilita, para el autor, desarrollar la idea de un mercado autosuficiente –de libre competencia irrestricta por el juego espontáneo de la oferta y la demanda- sino que presenta como eje vertebral la “planificación constitucional económica”, presencia activa del Estado, sin detrimento de la libertad y a favor del sistema de derechos²⁹⁵. La incorporación en 1994 de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución nacional ha modificado así la estructura de derechos y el poder interventor del Estado en la economía.

²⁹³ Bidart Campos, Germán; El orden socioeconómico en la Constitución, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, Pág. 83.

²⁹⁴ Vanossi, Jorge; La reforma constitucional y la economía, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1996, Págs. 15 y ss. También publicado en Estudios de teoría constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, Pág. 65.

²⁹⁵ Gil Domínguez, Andrés; Constitución económica y derechos económicos, sociales y culturales, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 42.

Alejandro Pérez Hualde, siguiendo a otros autores, afirma que no se debe descubrir en la Constitución económica ningún modelo económico determinado o exclusivo²⁹⁶.

Alberto Dalla Vía analiza los diferentes momentos constitucionales desde la sanción del texto histórico de 1853 y sus posteriores modificaciones a la luz de eventuales mutaciones de perfiles socioeconómicos. Se pregunta si estos cambios “de orientación en la Constitución Nacional implicó(aron) un cambio de programa económico. Admitir tal cosa implicaría admitir también que la Constitución originaria contenía un programa económico determinado. Sin embargo, tal conclusión sería incorrecta, la Constitución contiene algunos grandes principios orientadores en materia económica, pero, de ninguna manera, nada que pueda calificarse de plan económico”. De esta forma, el autor rechaza ampliamente el encorsetamiento en modelos económicos. Concluye que “nuestra Constitución Nacional no representa un modelo cerrado para la aplicación de política económica alguna, por el contrario, representa un "modelo abierto" para que cada gobierno surgido del voto popular aplique su propio programa. Las únicas vallas son las que surgen de los grandes principios constitucionales; así, por ejemplo, no sería admisible un régimen que vulnerara la propiedad privada. Ocurre que si bien existen en nuestra Constitución numerosos principios y orientaciones en el orden que señalamos en la primera parte, no existen normas de contenido instrumental que encierren el actuar de los gobernadores”²⁹⁷.

Como se evidencia, a pesar del escaso tratamiento que la doctrina constitucional **argentina** ha dado el concepto “Constitución socioeconómica”, varias posturas reconocen un amplio margen de actuación de los poderes constituidos – de esa forma el establecimiento de diferentes modelos económicos- aunque observando el límite fijado por los derechos fundamentales. Otros pensamientos acotan dicha discrecionalidad “política-económica” a partir de los preceptos incorporados en la reforma de la Constitución nacional de 1994 (artículos 42 y 75 inciso 19 de la Constitución nacional).

Un caso de neutralidad de la Constitución socioeconómica: La República Federal Alemana y la interpretación del Tribunal Constitucional Federal. Los casos de la Constitución de Bonn de 1949 y su diferencia con la Constitución de Weimar de 1919.

A esta altura del presente trabajo resulta útil analizar el debate desarrollado en la experiencia alemana sobre la matriz ideológica de la Constitución económica a la luz de la Constitución de Alemania (Ley Fundamental de Bonn) del año 1949.

²⁹⁶ Pérez Hualde, Alejandro; Constitución y economía, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, Págs. 5 y ss.

²⁹⁷ Dalla Vía, Alberto; “La ideología de la Constitución económica”, en Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, abril de 2003, La Ley 2003-C-1114.

Juan Papier vincula la pretensión de identificar un modelo económico y el respeto de los derechos fundamentales recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Se apoya principalmente en la sentencia sobre el asunto de constitucionalidad de la “Ley de co-gestión”²⁹⁸ de 1979, la cual reafirma la idea de neutralidad que rodea a la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

En esto es preciso traer a colación el estudio de constitucionalidad que años antes había efectuado la jurisprudencia constitucional sobre el asunto de la “Ley de ayuda a la inversión”²⁹⁹. En ella, el juzgador alemán había expresando que el legislador tiene capacidad de desarrollar la política económica que a su juicio considere más adecuada, siempre y cuando respete la Constitución y en particular los derechos fundamentales.

Desde la literatura constitucional española, algunos autores han abordado esta temática.

Gonzalo Maestro Huelga, por ejemplo, afirma que en Alemania “La formulación de la neutralidad constitucional se realiza tempranamente, en la primera mitad de los cincuenta del siglo pasado y se mantiene inalterada. Los términos iniciales son especialmente ilustrativos. “*La Ley Fundamental no garantiza ni la neutralidad políticoeconómica de los poderes legislativos y ejecutivos ni tampoco un modelo de economía social de mercado que sólo deba funcionar mediante instrumentos que sean conformes al mismo. La neutralidad político-económica de la Ley Fundamental consiste en que el legislador constitucional no se ha declarado de ningún modo expreso a favor de un determinado sistema económico. De este modo, se posibilita que el legislador persiga en cada caso una política económica adecuada a sus objetivos, siempre y cuando sea respetada la Ley Fundamental... Por ello, desde el punto de vista constitucional, carece de toda trascendencia que la ley sobre ayudas a la inversión esté en consonancia con el actual ordenamiento social y económico y que los instrumentos utilizados para la dirección de la economía sean conformes o no con el funcionamiento del mercado*” (Sentencia de 20 de julio de 1954)”. El autor agrega que “la neutralidad constitucional, ni siquiera en una construcción como la del Tribunal constitucional alemán significa que no tiene límites, sino que, sobre esta base, se construye una constitución económica sin referencias generales, modelos, que condicionen a los agentes públicos y privados. Se convierte el ámbito económico en un espacio disponible, donde su regulación constitucional sólo opera como juego de límites-garantías en la preservación del sistema, diluyéndose los elementos constitucionales de vinculación al sistema económico”³⁰⁰.

Ricardo García Macho, por su parte, aplica criterios interpretativos similares sobre la determinación de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán del año 1979. Afirma que

²⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1 de marzo de 1979 sobre la “Ley de Cogestión” de 18 de marzo de 1976.

²⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 20 de julio de 1954.

³⁰⁰ Maestro Huelga, Gonzalo; “Constitución económica e integración europea”, en Revista de Derecho Político, Universidad de Educación a Distancia (UNED), Madrid, n° 54, enero de 2002, Pág. 33.

“La Ley Fundamental, que en su primer capítulo acoge sólo derechos fundamentales clásicos, no fija y garantiza un determinado orden económico. En contraposición a la Constitución de Weimar (artículos 151 y ss.) que establece los principios jurídico-constitucionales de la formación de la vida económica, la Ley Fundamental cede esta función al legislador, el cual decide con libertad, necesitando sólo una legitimación democrática general. Esta tarea del legislador encuentra sus límites en los derechos fundamentales individuales, los cuales, según su historia y su contenido actual, son derechos del individuo, derechos humanos y del ciudadano, que tienen como objeto la protección de esferas especialmente en peligro y concretas de la libertad humana. Los derechos fundamentales tienen que ser comprendidos en su individualidad y en este sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sería rigorismo, por tanto, hablar de una teoría de los derechos fundamentales; como máximo podría hablarse de una “compleja” teoría de los derechos fundamentales. Por otra parte, la pretensión de los recurrentes de conectar “constitución económica y derechos fundamentales” choca con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para el que la Ley Fundamental es neutral político-económicamente.”

De esta forma, y para el autor, sería el legislador alemán quien debe seguir la política económica que crea conveniente, en tanto tenga en cuenta la Ley Fundamental y respete los derechos fundamentales. Finalmente acota que “Este orden constitucional relativamente abierto es necesario, por una parte, para que las transformaciones históricas sean tenidas en cuenta, las cuales caracterizan especialmente la vida económica, y, por otra parte, para no poner en juego la fuerza normativa de la constitución. En todo caso, la libertad de realización del legislador no puede conducir a una merma de las libertades individuales garantizadas en los derechos fundamentales, sin los cuales, según la Ley Fundamental, no es posible una vida con dignidad humana. La tarea, precisamente, está en acomodar la libertad de desarrollo económico y sociopolítico que tiene el legislador con la esfera de libertad protegida del individuo, el cual tiene frente al legislador un derecho de pretensión jurídico-constitucional.”³⁰¹.

La ley suprema alemana, entonces y conforme a su jurisprudencia constitucional, no fija un modelo socioeconómico determinado, aunque sí fija pautas inalienables.

Nuevamente Juan Papier lo justifica. Supone que el juzgador ha evitado inferir de la Ley Fundamental una decisión global del constituyente por un determinado sistema económico que, a modo de objetivación por encima de los derechos fundamentales, vinculara al Estado a un determinado modelo de ordenación³⁰².

³⁰¹ García Macho, Ricardo; “Comentario a la Sentencia de 1 de marzo de 1979 del Tribunal Constitucional federal alemán sobre cogestión”, en Revista de administración pública, Centro de Estudios Constitucionales, nº 89, Madrid, mayo-agosto de 1979, Págs. 455 y 456.

³⁰² Papier, Juan; “Ley fundamental y orden económico”, en Benda, Ernest; Maihofer, Werner; Vogel, Juan, Hesse, Konrad y Heyde, Wolfgang; Manual de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, Pág. 562.

De esto resulta una diferencia sustancial con su antecesora **Constitución de Weimar de 1919**, en especial respecto a los artículos 151 a 165, en la cual observamos y sostenemos que **sí fijaba pautas de conducción político-económicas claras**.

Veamos algunos de los artículos que componen el extenso listado de cláusulas socioeconómicas que la carta fundamental del año 1919 establecía:

“Artículo 151. El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia humana digna. Dentro de estos límites se reconoce al individuo la libertad económica. La coacción por Ley sólo es lícita para hacer efectivos derechos amenazados o para servir a necesidades preminentes del bien público. Se garantizará, con arreglo a las Leyes del Reich, la libertad de comercio e industria”

“Artículo 152. En las relaciones económicas regirá la libertad de contratación conforme a las Leyes. Queda prohibida la usura. Son nulos los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres”

“Artículo 153. La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las Leyes. No puede procederse a ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la Ley. Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una Ley del Reich disponga otra cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización cabrá, en caso de desacuerdo, recurso ante los Tribunales ordinarios, salvo que por Leyes del Reich se disponga otra cosa. La expropiación que se realice en favor del Reich a costa de los Estados, Municipios o asociaciones de utilidad pública sólo podrá tener lugar mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso ha de constituir a mismo tiempo un servicio para el bien común”.

La afirmación acerca de que “la propiedad obliga” será uno de los apogemas jurídicos que adquirirán trascendencia a partir del establecimiento del constitucionalismo social. La “función social de la propiedad” se incluirá en la gran mayoría de los textos constitucionales de la segunda parte del Siglo XX proyectado anteriormente por León Duguit³⁰³, entre tantos otros.

Veamos otros artículos contenidos en la misma norma jurídica suprema de similar trascendencia para la época.

“Artículo 156. El Reich puede mediante una Ley, sin perjuicio de la indemnización, con aplicación analógica de las disposiciones sobre expropiación, transferir al dominio público las empresas privadas aptas para la socialización. También pueden el Reich, los Estados o los Municipios participar en la administración de empresas y asociaciones económicas, así como asegurarse en ellas por otros medios una posición de influencia. En caso de apremiante necesidad y con fines de economía general, puede también el Reich, por medio de una Ley, agrupar empresas y asociaciones económicas con el propósito de asegurar la colaboración de todos los elementos productivos, hacer participar a patronos y a obreros en su administración,

³⁰³ Duguit, León; Manual de derecho constitucional, Editorial Comares, Granada, 2005, [1907].

y regular la producción, elaboración, distribución, consumo, tasa de precios, así como la importación y exportación de bienes con arreglo a principios de economía colectiva. Las cooperativas de producción y consumo y sus federaciones serán incorporadas, a petición suya a la economía colectiva, teniendo en cuenta su constitución y caracteres”

“Artículo 157. La fuerza de trabajo gozará de la protección especial del Reich. Se establecerá en todo el Reich un derecho del trabajo uniforme.”

“Artículo 158. El trabajo intelectual, el derecho de autor, del inventor y del artista gozarán de la protección y tutela del Reich. Mediante acuerdos internacionales se protegerán y darán validez en el extranjero a las creaciones alemanas de la ciencia, el arte y la técnica”

“Artículo 159. Se garantiza a todos y en todas las profesiones la libertad de asociación para la defensa y mejora de las condiciones del trabajo y económicas. Todos los convenios y medidas que pretendan restringir o impedir esta libertad serán nulos”.

No obstante lo expuesto desde el constitucionalismo alemán crítico a la Constitución de Weimar de 1919 se ha llegado a sostener la “neutralidad” del Estado en la economía.

Carl Schmitt, por ejemplo, ha expresado que “Mientras que el Estado actual puede considerarse como un Estado económico, la Constitución estatal, tal como la poseen la mayoría de los Estados modernos, incluso Alemania, no parece ser una “Constitución económica”, sino una Constitución que con impropiedad notoria se denomina “política”; en ellas se ignoran las entidades y potencias económicas como tales, y el Estado se mantiene “neutral”, al parecer, con respecto a la Economía” y también que “resulta ostensible una discrepancia: un Estado económico, pero sin Constitución económica”³⁰⁴. Resulta claro que ello se enrola en el argumento utilizado por el autor para forzar la caída del modelo de Weimar y fundamentar el régimen posterior.

El articulado del texto alemán de 1919 continúa con preceptos de claro tinte socioeconómicos.

“Artículo 161. El Reich creará un amplio sistema de seguros para poder, con el concurso de los asegurados, atender a la conservación de la salud y de la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida”

“Artículo 162. El Reich procurará una regulación internacional de las relaciones laborales a fin de proporcionar a toda la clase obrera de la humanidad un mínimo general de derechos sociales”

“Artículo 163. Sin perjuicio de su libertad personal, todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo

³⁰⁴ Schmitt, Carl; La defensa de la Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1998 [1929], Págs. 161, 162 y 164.

productivo. Cuando no se le puedan ofrecer situaciones adecuadas de trabajo se atenderá a su necesario sustento. El resto será desarrollado por Leyes especiales del Reich”

“Artículo 164. La clase media independiente, agrícola, industrial y comercial será fomentada por la legislación y la administración y se la protegerá contra su sobrecarga y desaparición”.

Es de destacar que el texto reconoce y valora, en su artículo 164, el emprendimiento económico de determinada clase social. Se evidencia el espíritu nacional de las pequeños y medianas empresas y fortalece la noción de valor agregado productivo.

La enumeración que destacamos finaliza con el artículo 165 de la misma norma el cual reconoce el derecho de sindicalización y la participación en las decisiones empresariales.

“Artículo 165. Los obreros y empleados serán llamados a colaborar al lado de los patronos y con igualdad de derechos en la regulación de las condiciones laborales y retributivas, así como en todo el desarrollo económico de las fuerzas productivas. Serán reconocidos las agrupaciones de ambas clases y sus acuerdos. Para defensa de sus intereses sociales y económicos tendrán los obreros y empleados representaciones legales en consejos obreros de empresa, así como en los consejos obreros de distrito, agrupados por sectores económicos, y en un consejo obrero del Reich. Los consejos obreros de distrito y el consejo obrero del Reich, unidos con las representaciones de los patronos y demás clases interesadas, formarán consejos económicos de distrito y un consejo económico del Reich con competencia sobre todas las cuestiones de orden económico y de cooperación en la ejecución de las Leyes socializadoras. Los consejos económicos de distrito y del Reich estarán constituidos de forma que se hallen representados en ellos todos los grupos profesionales importantes, en proporción de su importancia económica y social. Los proyectos de Leyes político-sociales y político-económicos de interés fundamental deberán, antes de ser presentados, ser sometidos por el Gobierno del Reich a informe del consejo económico del Reich. A su vez, el consejo económico tendrá derecho a solicitar por sí mismo tales proyectos de Ley. Si el Gobierno no los hiciese suyos, habrá, no obstante, de presentarlos al Reichstag con indicación de su parecer. El consejo económico podrá, a través de uno de sus miembros, defender ante el Reichstag sus proyectos. Podrán ser transferidas a los consejos obreros y a los consejos económicos facultades de control y de administración en las esferas competenciales que tengan asignadas. Es de competencia exclusiva del Reich regular la organización y atribuciones de los consejos obreros y de los consejos económicos, así como sus relaciones con otras corporaciones sociales autónomas” (el subrayado es agregado).

En oportunidad de comparar las Constituciones económicas de Weimar del año 1919 y de Bonn del año 1949 hemos arribado a las siguientes conclusiones³⁰⁵.

i) En primer lugar se observa que el concepto “derecho social fundamental” ha mutado en el transcurso del tiempo. La Constitución de la República de Weimar de 1919 enunciaba los **derechos sociales de forma programática y orientadora**. Siguiendo a Ernst Böckenförde, los derechos sociales en Weimar fueron ideados y luego aplicados como mandatos legislativos, de carácter proposicionales y programáticos, no obstante contenían algunos derechos sociales en particular (por ejemplo, el derecho al trabajo, previsión social de accidente y vejez y vivienda saludable). Bajo el título “La vida social”, la Constitución de Weimar establecía, como se ha señalado anteriormente, una importante cantidad de derechos sociales. El autor define materialmente a los mismos como derechos sociales de participación “en los bienes materiales humanos” y que como tales “se contrapusieron a los derechos fundamentales de libertad y a la garantía de la propiedad, que aparecían como derechos fundamentales de la clase burguesa propietaria”³⁰⁶. A diferencia de ello, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 otorga **operatividad y fuerza vinculante a los derechos fundamentales** –inclusive los derechos sociales–, en el sentido de la no necesidad de contar con una norma que torne ejecutivos o directamente operativos los derechos sociales. En esto, el artículo 1 inciso 3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 dispone que “*Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable*”.

ii) Respecto a lo relativo a la **intervención del Estado en las relaciones comerciales y el mercado en general**, la experiencia de Weimar declaraba y aseguraba la libertad económica, aunque no lo hacía de forma absoluta. Fijaba límites basados en principios de justicia y la existencia humana digna. En cambio, la Ley Fundamental de Bonn establece la necesidad de desarrollar políticas públicas con el objeto de prevenir “el abuso de una posición de poder económico” y la protección del comercio en cuestiones agrícola-ganadero. Si bien los lineamientos generales pueden ser considerados similares, como segunda conclusión se observa que el avance del mercado y de prácticas económicas especulativas parecen haber motivado a los constituyentes de 1949 a dotar un amplio margen de acción por parte del Estado federal y los *Länder* salvaguardando la competencia.

iii) En tercer lugar, cabe concluir que el catálogo de derechos sociales que integraba la Constitución económica en Weimar **resulta cuantitativamente más extenso** que en Ley Fundamental de Bonn. A modo de ejemplo, la gratuidad de la educación básica, la precisión en

³⁰⁵ Ampliar en: Cao, Christian, “Los derechos sociales en las constituciones de Alemania de 1919 y 1949. Un estudio comparado sobre los derechos fundamentales sociales o de prestación”, Documento de trabajo evaluatorio presentado en el curso de doctorado “Historia Constitucional de Alemania” a cargo del Prof. Germán Gómez Orfanel correspondiente al programa “Estudios Superiores de Derecho Constitucional”, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, junio de 2005.

³⁰⁶ Böckenförde, Ernst; Escritos sobre Derechos Fundamentales; Nomos, Baden-Baden, 1993; Pág. 73.

la configuración de los derechos sociales de los trabajadores, en su aspecto individual y colectivo, entre otras cuestiones se encontraban pormenorizadamente mencionadas en la carta de la República de 1919 y no han sido tenidas presentes por el constituyente de 1949. Sin embargo, es en el concepto general de derechos sociales fundamentales en donde la Ley Fundamental de Bonn encuentra una protección integral y completa, realizadora de la persona humana. Sucede que, como señala Germán Gómez Orfanel, la Constitución de Weimar debe ser considerada históricamente y en su tiempo como una “amalgama de liberalismo con derechos sociales”³⁰⁷.

iv) Finalmente, y en cuanto al presunto aspecto declarativo del modelo socioeconómico, la actual constitución afirma de modo tajante en su artículo 20 inciso 1 que la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. Sin embargo, y de acuerdo a la jurisprudencia constitucional que anteriormente señalada, la referencia al carácter “social” del Estado no implica pronunciamiento ideológico alguno sobre modelos o planes económicos, siempre y cuando se observe el resguardo de los derechos fundamentales. La forma federal de Alemania como Estado no modifica este criterio en la órbita de las entidades subnacionales.

Siguiendo esta línea y en torno a la distribución de competencias entre el Estado federal y los *Länder en materia económica*, Germán Gómez Orfanel y Antonio Arroyo Gil aseveran que sin perjuicio que el artículo 30 de la Ley Fundamental de 1949 contenga una presunción de competencia a favor de los *Länder* no debe conducir a la conclusión de que la totalidad o la mayoría de las competencias estatales corresponde a estos³⁰⁸. Del estudio que realizan los autores se destaca que es la Federación la que ostenta la mayor parte de las competencias (destacadamente en el campo de la legislación). Los *Länder* ocupan un lugar protagonista en lo que afecta a la actividad ejecutiva o administrativa, y sólo ejercen competencias de peso en el ámbito de su propia organización estatal, en el régimen municipal, incluida la nueva ordenación territorial y funcional, en el ámbito cultural, en especial, el sistema educativo de los colegios y de las escuelas superiores, en el derecho a la seguridad en general (derecho de policía y del orden público), en el ordenamiento urbanístico y en una parte esencial del derecho de carreteras, en el derecho del medio ambiente y en la protección de los monumentos y en el ámbito de la planificación de sus propias tareas, mucha de ellas de importante contenido económico, social y cultural.

Frente a esto, la reforma constitucional del año 2009 modificatoria de los artículos 109 y 115 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 antes analizada ha pretendido, para algunos,

³⁰⁷ Gómez Orfanel, Germán; “El final de la República de Weimar y Carl Schmitt”, en Negro Pavón, Dalmacio; *Estudios sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo – Madrid Veintinuno, Madrid, 1996, Pág. 219.

³⁰⁸ Gómez Orfanel, Germán y Arroyo Gil, Antonio; El reparto territorial de facultades legislativas y el *Bundesrat* en el federalismo alemán (1871-2006) en *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, nº 26, Madrid, septiembre-diciembre de 2005, Pág. 233.

consagrar constitucionalmente una determinada visión de la política económica³⁰⁹, la cual – como también ha sido señalado más arriba- la justicia constitucional anteriormente hacia el año 1954 se había ocupado de declarar como “neutral”.

El interrogante ha sido abierto con el caso germano y plegado a la realidad integracional europea.

³⁰⁹ Arroyo Gil, Antonio; “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la federación y los *länder* en la República Federal de Alemania”, en Revista d’ estudis autonòmics i federals, nº 10, Generalitat de Catalunya, Barcelona, abril de 2010, Págs. 40 a 71, especialmente Pág. 68.

7. Orígenes históricos de la Constitución socioeconómica.

La transformación del *Ancien Régime* y su tránsito hacia la constitucionalización de las libertades básicas dieron fundamento al orden jurídico-político. La mayor parte de los textos constitucionales de ese nuevo período responden a una tónica individualista.

Como apunta Antonio Pérez Luño, los derechos proclamados en esos textos eran considerados como patrimonio del individuo en su condición presocial. Será tiempo después cuando el proletariado adquirirá protagonismo histórico a la luz del avance del proceso de industrialización en épocas de desarrollo de una conciencia de reivindicación de los derechos económicos y sociales frente a los clásicos liberales³¹⁰.

Sin embargo se debe reconocer que muchas leyes fundamentales –principalmente las de los Siglos XVIII y XIX- no poseen referencias expresas, ni mucho menos sistematizadas sobre cuestiones económicas.

Los ejemplos más gráficos sobre esto último se pueden observar en las letras de las constituciones clásicas. Aquellos textos fundamentales característicos del Estado liberal tenían por objeto la regulación del poder estatal y asegurar las libertades civiles o aún políticas de las personas. La forma de organización que se buscaba conseguir respecto el poder político se ordenaba a partir del principio de división de poderes. La “Constitución política” era la materia a legislar.

Es cierto que previo al constitucionalismo moderno se proyectaron manifestaciones incipientes sobre intereses económicos, en especial la propiedad privada. A modo de ejemplo es posible apuntar ciertos acápites sobre el *Bill of Rights* redactado en Inglaterra en 1689, la *Petition of Rights* de 1628, e inclusive la Carta Magna de 1215, todos ellos en Inglaterra o la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 en los Estados Unidos de América. Es de recordar que la burguesía en ascenso demandaba garantías jurídicas –aunque en rigor de verdad, pseudo derechos- que le permitan acrecentar su poder, en este caso económico.

En el mismo orden de ideas, el pensamiento y la ilustración fecundaron obras –en sus distintos momentos- como las de John Locke³¹¹, François Quesnay³¹², David Hume³¹³, Adam Smith³¹⁴ o David Ricardo³¹⁵.

³¹⁰ Pérez Luño, Enrique; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Págs. 41 y 42.

³¹¹ Entre otros, Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, Plaza Edición, Madrid, 2009 [1689].

³¹² Quesnay François “Le tableau economique” y otros estudios económicos, Ediciones de la Revista de trabajo, Madrid 1974 [1758].

³¹³ Hume, David; Tratado de la naturaleza humana: Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales, Editorial Cervantes y Universidad de Alicante, Alicante, 2007 [1739 y 1740].

³¹⁴ Smith, Adam; Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, Alianza Editorial, México, 2002 [1776].

Como será explicado, los Estados constitucionales no eran completamente ajenos a la economía política. La normativa referida a la hacienda pública y al poder tributario de antaño fijaba pautas basadas en su funcionamiento automatizado por la vía presupuestaria. Pero eso no implica que tales elementos conformen una Constitución socioeconómica perfectamente acabada (tal como se la concibe hoy día, ni mucho menos como se la propone en este trabajo de tesis), ni que las relaciones entre el Estado y la economía se rijan por el derecho de la Constitución.

No obstante, algunos autores afirman que aunque el estudio del término es relativamente reciente, en realidad toda Constitución contuvo siempre una Constitución económica. Argumentan que si bien en los textos originarios liberales el bloque jurídico económico estaba reducido al derecho de propiedad y a las libertades de comercio e industria, el autor reconoce que la Constitución política intervenía en función de esos preceptos.

Pero fundamentalmente después de la segunda post guerra se revisaron las garantías del derecho de propiedad y las libertades económicas y recepcionando derechos sociales, muchos de ellos a partir de postulados socioeconómicos esgrimidos por John Maynard Keynes³¹⁵. Así, “La soberanía económica del Estado aparece como condición imprescindible para que éste pueda cumplir dos funciones que le son esenciales: conservarse a sí mismo y asegurar la existencia, el orden y el bienestar de la sociedad que lo sustenta”³¹⁷.

Sin embargo, sí existe amplio consenso en identificar el nacimiento del constitucionalismo clásico escrito de los Estados con las experiencias de Francia y Estados Unidos de América, entonces, cabe plantear un interrogante ¿cuál es el momento en el cual es posible identificar una Constitución económica?

La doctrina identifica básicamente cuatro acontecimientos históricos. Ellos son el inicio del constitucionalismo liberal, la Revolución rusa, la Constitución de Weimar y la Revolución mexicana.

³¹⁵ Ricardo, David; Principios de economía política y tributación, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1959 [1817]

³¹⁶ Keynes, John Maynard; Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero, Ediciones Aosta, Madrid, 1998 [1936] y Breve tratado sobre la reforma monetaria, Fondo de Cultura Económica, México 1996 [1923], entre otras de sus obras.

³¹⁷ Torres del Moral, Antonio; Principios de derecho constitucional español, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, tomo I, Pág. 500, entre otros.

a) Primera postura: El constitucionalismo liberal y el surgimiento de los Estados constitucionales. El caso de la Constitución norteamericana.

Suele afirmarse que el constitucionalismo liberal clásico de mediados del Siglo XVIII no contenía cláusulas de contenido económico sino que basaba su estructura en la limitación del poder político. Como explica Ramón Peralta Martínez, el concepto de constitucionalismo referente a la organización jurídico-política de una sociedad es un concepto que se fundamenta en los postulados básicos del liberalismo³¹⁸.

El orden económico clásico estaba dado por las clásicas escuelas que sostenían el *laissez faire, laissez passer*, con predominio en la Ilustración.

Justamente muchos de los movimientos revolucionarios de la época se dieron en razón de la demanda de la burguesía de acceder al poder para limitar la autoridad del Estado en sus abusos sobre la economía³¹⁹.

Bajo este fundamento ciertos autores sostienen que las primeras manifestaciones de la Constitución económica se encuentran relacionadas con el surgimiento de los Estados constitucionales, y por ende deben ser indagadas en los textos que se dieron en el período denominado constitucionalismo clásico como así también en la literatura estudiosa y crítica de la época.

Jorge de Esteban y Pedro González Trevijano, por ejemplo, apuntan la primera aparición del concepto económico constitucional a partir de la interpretación económica de la Constitución norteamericana que en el año 1913 realizó Charles Beard en su obra “*An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*”.

En ese trabajo, el citado autor norteamericano exponía que “En el estudio de la lucha por el Estado en la historia constitucional de Estados Unidos, era inevitable que los escritores debieran destacar la importancia del Estado como un factor político. Pero, desde el punto de vista del aumento y el crecimiento del sectarismo y el nacionalismo, es mucho más importante considerar la existencia de grandes áreas económicas y sociales independientes de los Estados, que han actuado en unidad en la historia política y han ha cambiado la actitud política, ya que eso ha cambiado la organización económica divididos en nuevos grupos”³²⁰.

³¹⁸ Peralta Martínez, Ramón; La Constitución como sistema de libertad, Editorial Actas, Madrid, 2008, Pág. 33.

³¹⁹ Ampliar en: Slavin, Pablo (director); Revoluciones Burguesas: Países Bajos e Inglaterra, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2001.

³²⁰ Beard, Charles; An Economic Interpretation of the Constitution of the United States, Dover, New York, 2004 [1913]. La traducción al castellano nos pertenece. De la versión original “*In the study of the persistence of the struggle for the state particularism in American constitutional history, it was inevitable that writers should make prominent the state as a political factor. But, from the point of view of the rise and growth of sectionalism and nationalism, it is much more important to note the existence of great social and economics areas, independent of states lines, which have acted as unit in political history, and*

Oscar Alzaga Villaamil, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez y Jorge Zapata se inclinan por el mismo sentido y señalan la Constitución norteamericana 1787 y la obra de Charles Bread como los precursores de la concepción económica de la Constitución. Los autores recurren a los debates constituyentes norteamericano y en especial a su interpretación por parte de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay³²¹. Concluyen en que desde siempre, toda constitución política tiene en su seno una Constitución económica subyacente, o todo derecho constitucional tiene su parte de derecho constitucional económico³²².

Finalmente resta destacar que la postura jurídica que aplica el método de análisis económico del derecho hace especial énfasis en tales afirmaciones y deducciones metodológicas³²³.

b) Segunda postura: La Revolución rusa de 1917 y el constitucionalismo contestatario.

Otras posiciones doctrinarias entienden que el movimiento revolucionario ruso de 1917 y sus consecuencias sobre el derecho de propiedad obligaron a repensar la estructura de valores de las constituciones de occidente y otorgar mayor valor a la dimensión socioeconómica.

En esta línea de pensamiento Javier Pérez Royo entiende que “El término Constitución económica nace con un sentido inequívocamente defensivo...., nace pues para defender 1789 frente a 1917, para defender la propiedad privada frente a la posible socialización de la misma”³²⁴. Por tal motivo y para el autor las primeras conceptualizaciones tienen una esencia de combate, alejado de toda idea neutral reconociendo que tanto los textos producidos por las revoluciones de 1789 y 1917 se encuentran presentes en las constituciones posteriores. Sobre la primera –Revolución francesa-, respecto al reconocimiento de los derechos individuales como límite al poder. Sobre el segundo –Revolución rusa-, en torno a las técnicas de intervención del Estado en la economía.

which have changed their political attitude as they changed their economic organization and divide into new groups”.

³²¹ Hamilton, Alexander y otros; El Federalista; Fondo de Cultura Económica, México, 2001[1780].

³²² Alzaga Villaamil, Oscar; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio y Zapata Jorge; Derecho político español según la Constitución de 1978, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, Tomo II, Pág. 164. Ver también Beard Charles; An economic interpretation of the Constitution of United States, The Free Press, New York, 1963 (1913).

³²³ Coase, Ronald; La empresa, el mercado y la ley, Alianza, Madrid, 1994; Posner, Richard; El Análisis económico del derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, y “Utilitarismo, economía y teoría del derecho”, en Revista Estudios Públicos, nº 69, verano 1988, Págs. 208 a 257; Calabresi, Guido y Melamed, Douglas; “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad. Una visita de la catedral”, en Revista Estudios Públicos, nº 63, invierno de 1996, Págs. 347 a 391. Ver también, Nozik, Robert; Anarquía, Estado y utopía, Fondo de Cultura Económica, México, 1990 y La naturaleza de la racionalidad, Editorial Paidós, Barcelona, 1995.

³²⁴ Pérez Royo, Javier; Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, Pág. 174.

Oscar Alzaga Villaamil, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez y Jorge Zapata formulan reservas a tal postura, no sólo por el punto de partida que los autores identifican (la Constitución norteamericana 1787 y la obra literaria de Charles Bread) sino porque entienden que el aspecto económico de toda Constitución existe “incluso cuando no sea este un objetivo prioritario del Poder constituyente”³²⁵. Empero, reconocen el avance que la doctrina alemana ha dado a la construcción del concepto, como seguidamente se expone.

Maurice Duverger analiza detalladamente el texto ruso del 10 de julio de 1918, como así también sus posteriores modificaciones y reformas. Si bien no llega a afirmar expresamente que tal Constitución significa el punto de partida de la utilización del concepto Constitución económica, su visión crítica la ubica como un punto de inflexión en la temática³²⁶. En similar posición, orientada hacia la crítica de la postura marxista se enrola Germán Bidart Campos³²⁷.

c) Tercera postura: La Constitución de Weimar de 1919 y el constitucionalismo social.

La gestación y vigencia en Alemania de la Constitución de la República de Weimar de 1919 es considerado, para muchos, un punto a inflexión a partir del estudio del concepto de Constitución económica, particularmente en su aspecto social.

Sebastián Martín-Retortillo Baquer, por ejemplo, ubica la formulación del concepto de Constitución económica en Alemania del Siglo XIX con un carácter exclusivamente económico y no jurídico³²⁸. Tal punto de partida se presentaría como justificación del posterior desarrollo de las libertades económicas. La Constitución de Weimar del año 1919 será –para el autor- la “juridificación” de tales postulados al contener, de forma incipiente pero novedosa, una ordenación jurídica de la actividad económica.

Allan Brewer Carías se manifiesta en un sentido similar ya que identifica la Constitución de Weimar de 1919 como punto de partida que ordena la totalidad de la actividad económica desarrollada tanto por el Estado como por los particulares. Explica que las Constituciones establecen normas de contenido económico orgánicas (régimen de distribución del sector

³²⁵ Alzaga Villaamil, Oscar; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio y Zapata Jorge; *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, Tomo II, Pág. 166.

³²⁶ Duverger, Maurice; *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, Pág. 371.

³²⁷ Bidart Campos, Germán; *Marxismo y derecho constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1979

³²⁸ Martín-Retortillo Baquer, Sebastián; *Derecho administrativo económico*, Editorial La Ley, Madrid, 1988, Pág. 26.

público) y dogmático (enumeración y garantía de los derechos individuales, económicos, sociales y culturales)³²⁹.

Germán Bidart Campos abona esta posición por cuanto sostiene que si bien el Constitucionalismo social se instituye con la Constitución mexicana de 1917 –que seguidamente será expuesta-, el orden socioeconómico se universaliza con la alemana de Weimar³³⁰.

En esta postura –y desde la misma geografía que acuñó dicho texto fundamental- reviste importancia académica y científica la denominada “Escuela de Friburgo” o “Escuela de Ordoliberalismo”, que trazó las primeras líneas de la denominada “economía social de mercado”.

Sus precursores fueron Franz Böhm, Alfred Müller-Armak³³¹ y Ludwig Erhard³³², Walter Eucken³³³, entre otros, tal como lo señalamos anteriormente.

Por ejemplo, este último autor diría que “En el Siglo XIX y comienzos del XX se señala el siguiente gran hecho histórico: La totalidad de la política y derechos constitucionales se ponen al servicio de la idea del Estado de derecho. Al mismo tiempo se practica desde el punto de vista político-económico la política del “*laissez-faire*”. Apareció entonces un paralelismo entre el pensamiento y la actividad político-legislativa y político-económica, que es de importancia fundamental. Porque es en la experiencia histórica de esa época donde se puede responder a la pregunta: ¿Son compatibles los órdenes jurídicos del Estado de derecho con los órdenes económicos que surgen de la política del “*laissez-faire*”? o: ¿hasta qué punto son compatibles? Esta gran interrogación la aislamos del complejo de cuestiones sobre la interdependencia de los órdenes”.

Walter Eucken agrega también que “La investigación histórica hace posible también en este punto esencial la respuesta a una pregunta *fundamental* ¿Es posible abandonar la constitución de las formas de la economía en el mundo industrializado al mismo sujeto económico, aún cuando surjan monopolios u oligopolios, es decir, no considerar el orden económico como un problema de organización política y, al mismo *tiempo*, realizar el Estado de derecho?”³³⁴

Bajo estos interrogantes y aportes intelectuales esta tendencia económica-jurídica social alemana critica al modelo político económico liberal clásico³³⁵, pero a la vez se opuso rotundamente a la solución de dirección centralizada.

³²⁹ Brewer Carías, Allan; “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en AA.VV. Estudios sobre la constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid, 1991, Tomo V, Pág. 3840.

³³⁰ Bidart Campos, Germán; Los derechos del hombre, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1974, Pág. 124

³³¹ Müller-Armak, Alfred; Economía dirigida y economía de mercado, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963.

³³² Erhard, Ludwig; Bienestar para todos, Fundación Ignacio Villalonga, Valencia, 1957.

³³³ Eucken, Walter; Cuestiones fundamentales de la economía política, Revista de Occidente, Madrid, 1947.

³³⁴ Eucken, Walter; Fundamentos de política económica, Editorial Rialp, Madrid, 1956, Págs. 84 y 85.

³³⁵ von Böhm-Bawerk, Eugen; Teoría positiva del Capital, Ediciones Aosta, Madrid, 1998 [1889].

Los lineamientos y aspectos centrales de la Constitución de Weimar de 1919 han sido analizados en páginas anteriores –e incluso de forma comparada con la Ley Fundamental de Bonn de 1949- y allí nos remitimos.

d) Cuarta postura: La Constitución de México de 1917 y el constitucionalismo revolucionario.

La revolución mexicana encabezada a partir de 1910 por Francisco Madero, Venustiano Carranza, Emiliano Zapata y Francisco Villa –no sin diferencias entre sus propias facciones- plasmó un texto constitucional innovador para la época.

Tal acontecimiento no suele considerársele fundador o al menos colaborador en la transformación de la cosmovisión respecto el concepto de Constitución económica.

Pensamos injusta dicha omisión ya que, como afirman Jorge Carpizo y Jorge Madrazo al recoger la cita de un miembro constituyente en una de las sesiones del debate convencional “así, como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución Mexicana tendrá el orgullo legítimo de demostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros”³³⁶.

En palabras de Emilio Rabasa, a partir de 1917 no sólo por su concepción institucional, sino por su organización social y su estructura económica, México sería una nación totalmente diferente a la que había concurrido en Querétaro, ya que “se elaboró la primera Constitución liberal-social de nuestro siglo en el mundo”³³⁷.

Veamos algunos aspectos de su normativa constitucional.

El artículo 25 de la Constitución de Querétaro de 1917 diseña los principios y funciones sociales del Estado en pos de un desarrollo justo y social.

En su letra señala que *“Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de*

³³⁶ Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge; Derecho constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, Pág.12. Ver también; Rabasa, Emilio; El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996;

³³⁷ Rabasa, Emilio; Historia de las Constituciones mexicanas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, Pág. 103.

libertades que otorga esta Constitución. Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación. El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan. Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo. Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente. La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución” (el subrayado es agregado).

El artículo 26 de la norma constitucional complementa el anterior. Fija un sistema de planificación del desarrollo incorporando, incluso los conceptos de crecimiento permanente y equidad.

Además, mantiene el principio de reserva legal en la misma disposición que añade la participación ciudadana. Es decir, mantiene la rigurosidad constitucional-legal a la vez que incorpora el aporte participativo-mayoritario al espacio constitucional.

El artículo señalado dispone que “El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación. Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática. Mediante la participación de los diversos sectores sociales recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal. La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para

que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. En el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.”

El paradigmático –y extenso- artículo 27 de la constitución mexicana de 1917 regula el derecho de la propiedad privada y su función social.

Entre sus particularidades limita la titularidad del derecho a los ciudadanos mexicanos en razón de su nacimiento, naturalización o incluso a personas jurídicas mexicanas. Regula asimismo la propiedad de la tierra pretendiendo fraccionar los latifundios existentes, y fomenta la pequeña producción agrícola. Asigna al Estado el dominio de los recursos naturales y hace especial mención a los combustibles y la energía nuclear, claramente innovador para la época.

Por otro lado, excluye a la Iglesia de la titularidad del derecho de propiedad reasignando los bienes que poseía a la época en cabeza del Estado. Anula además ciertas asignaciones inmuebles realizadas con anterioridad a la sanción de la Constitución.

Finalmente, limita la titularidad de bienes inmuebles de las sociedades comerciales y los bancos, actores centrales en todo proceso económico de un Estado.

Textualmente, y en sus parte pertinentes, el artículo 27 de la norma establece que *“La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas previsiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación; para la creación de nuevos centros de población agrícola con tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los núcleos de población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente*

para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación.

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional...

...Omissis...

...Corresponde también a la Nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la regulación de sus aplicaciones en otros propósitos. El uso de la energía nuclear sólo podrá tener fines pacíficos...

...Omissis...

...La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en cuanto de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien Kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadores o legaciones;

...Omissis...

...XVII. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones expedirán leyes para fijar la extensión máxima de la propiedad rural, y para llevar a cabo el fraccionamiento de los excedentes, de acuerdo con las siguientes bases:

- a. En cada Estado y en el Distrito Federal se fijará la extensión máxima de tierra de que pueda ser dueño un solo individuo, o sociedad legalmente constituida;*
- b. El excedente de la extensión fijada deberá ser fraccionado por el propietario en el plazo que señalen las leyes locales, y las fracciones serán puestas a la venta en las condiciones que aprueben los gobiernos de acuerdo con las mismas leyes;*
- c. Si el propietario se opusiere al fraccionamiento se llevará éste a cabo por el gobierno local, mediante la expropiación;*
- d. El valor de las fracciones será pagado por anualidades que amorticen capital y réditos, a un tipo de interés que no exceda de tres por ciento anual;*
- e. Los propietarios estarán obligados a recibir los Bonos de la Deuda Agraria local para garantizar el pago de la propiedad expropiada. Con este objeto, el Congreso de la Unión expedirá una ley facultando a los Estados para crear su Deuda Agraria;*
- f. Ningún fraccionamiento podrá sancionarse sin que hayan quedado satisfechas las necesidades agrarias de los poblados inmediatos. Cuando existan proyectos de fraccionamiento por ejecutar, los expedientes agrarios serán tramitados de oficio en plazo perentorio;*
- g. Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni a gravamen ninguno; y...*

...Omissis...

XIX. Con base en esta Constitución, el Estado dispondrá las medidas para la expedita y honesta impartición de la justicia agraria con objeto de garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad, y apoyará la asesoría legal de los campesinos;

XX. El Estado promoverá las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina el bienestar y su participación e incorporación en el desarrollo nacional, y fomentará la actividad agropecuaria y forestal para el óptimo uso de la tierra, con obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica. Asimismo expedirá la legislación reglamentaria para planear y organizar la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización, considerándolas de interés público” (la totalidad del subrayado es agregado).

Lo innovador para la época del texto justifica la extensión de la cita. La Constitución de 1917 contiene cláusulas referidas a la regulación de la competencia económica. También establece un principio de protección a los consumidores, fomentando su organización, transformador para el tiempo de su sanción.

En esta inteligencia, propicia el control de precios, productividad y distribución de bienes de consumo esenciales.

Para dicha tarea fomenta el establecimiento de empresas estatales e introduce la concepción de “área estratégica” enumerando los sectores económicos de acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite, emisión de billetes por medio de un solo banco, petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad, ferrocarriles.

En línea con el derecho administrativo de la época –desarrollado en Europa pero no claramente consolidado en América Latina, constitucionaliza el concepto de “servicio público” y pauta su *publicatio* mediante ley del Congreso.

Literalmente, el artículo 28 de la norma, en su parte pertinente, dispone que “*En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.*

Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado...

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos y concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta” (los subrayados son agregados).

La protección del trabajo en la Constitución de México de 1917.

El aspecto central de la Constitución de Querétaro de 1917 se encuentra establecido bajo el Título sexto de la norma titulado: “Del trabajo de la previsión social”.

Receptado en una sola -y extensa- cláusula, el artículo 123 fija las pautas protectorias para los trabajadores.

La norma detalla en forma pormenorizada la regulación de la actividad laboral dejando poco margen de intervención al legislador ordinario.

Impone principios generales, pero también plasma cuestiones regulatorias secundarias, tales como la extensión temporal de la jornada de trabajo –tanto diurna como nocturna-, las edades laborales, el pago salarial en moneda legal, la preferencia de los créditos laborales ante el concurso o la quiebra del empleador, entre otros.

El texto, en su parte pertinente, dispone que “*El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán.*

A. *Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo.*

1. *La duración de la jornada máxima será de ocho horas.*

2. *La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas.*

Quedan prohibidas las labores insalubres y peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de dieciséis años. Queda también prohibido a unas y otros el trabajo nocturno industrial, y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de las diez de la noche.

3. *Los jóvenes mayores de doce años y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas. El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato.*

4. *Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos.*

5. *Las mujeres, durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente su descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato. En el período de la lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.*

6. *El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia. En toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades, que será regulada como indica la fracción 9.*

7. *Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.*

8. *El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento.*

9. *La fijación del tipo de salario mínimo y de la participación en las utilidades a que se refiere la fracción 6 se hará por Comisiones Especiales que se formarán en cada Municipio, subordinadas a la Junta Central de Conciliación y Arbitraje que se establecerá en cada*

Estado. En defecto de estas Comisiones, el salario mínimo será fijado por la Junta Central de Conciliación y Arbitraje respectiva.

10. El salario deberá pagarse precisamente en moneda de curso legal, no siendo permitido hacerlo efectivo con mercancías ni con vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que se pretenda sustituir la moneda.

11. Cuando por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo excedente un ciento por ciento más de lo fijado para las horas normales. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas. Los hombres menores de dieciséis años y las mujeres de cualquier edad no serán admitidos en esta clase de trabajos.

12. ...Omissis...

13. Además, en esos mismos centros de trabajo, cuando su población exceda de doscientos habitantes, deberá reservarse un espacio de terreno, que no será menor de cinco mil metros cuadrados, para el establecimiento de mercados públicos, instalación de edificios destinados a los servicios municipales y centros recreativos. Queda prohibido en todo centro de trabajo el establecimiento de expendios de bebidas embriagantes y de casas de juego de azar.

14. Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

15. El patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos los preceptos legales sobre higiene y salubridad y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía, compatible con la naturaleza de la negociación, bajo las penas que al efecto establezcan las leyes.

16. Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.

17. Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos las huelgas y los paros.

18. ...Omissis...

19. *Los paros serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje.*

20. *...Omissis...*

21. *...Omissis...*

22. *El patrono que despida a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. Igualmente tendrá esta obligación cuando el obrero se retire del servicio por falta de probidad de parte del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos. El patrono no podrá eximirse de esta responsabilidad cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él.*

Nótese que la norma suprema resulta inédita para la época reconociendo derechos laborales de alcance individual y colectivo y tutelando valores jurídicos socioeconómicos de amplia cobertura. Desarrolla la función interventora del Estado en la economía a los efectos de garantizar esos derechos sociales constitucionales.

Prosigue la Constitución mexicana, en el mismo artículo, de la siguiente manera:

23. *Los créditos en favor de los trabajadores por salario o sueldo devengados en el último año y por indemnizaciones tendrán preferencia sobre cualquiera otros en los casos de concurso o de quiebra.*

24. *De las deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patronos, de sus asociados, familiares o dependientes, sólo será responsable el mismo trabajador, y en ningún caso y por ningún motivo se podrán exigir a los miembros de su familia, ni serán exigibles dichas deudas por la cantidad excedente del sueldo del trabajador en un mes.*

25. *El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquier otra institución oficial o particular.*

26. *Todo contrato de trabajo celebrado entre un mexicano y un empresario extranjero deberá ser legalizado por la autoridad municipal competente y visado por el cónsul de la nación adonde el trabajador tenga que ir, en el concepto de que, además de las cláusulas ordinarias, se especificará claramente que los gastos de la repatriación quedan a cargo del empresario contratante.*

27. *Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato:*

- a) *Las que estipulen una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo.*
 - b) *Las que fijen un salario que no sea remunerador a juicio de las Juntas de Conciliación y Arbitraje.*
 - c) *Las que estipulen un plazo mayor de una semana para la percepción del jornal.*
 - d) *Las que señalen un lugar de recreo, fonda, café, taberna, cantina o tienda para efectuar el pago de salario, cuando no se trate de empleados en esos establecimientos.*
 - e) *Las que entrañen obligación directa o indirecta de adquirir los artículos de consumo en tiendas o lugares determinados.*
 - f) *Las que permitan retener el salario en concepto de multa.*
 - g) *Las que constituyan renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidente del trabajo y enfermedades profesionales, perjuicio ocasionado por el incumplimiento del contrato o por despedírsele de la obra.*
 - h) *Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.*
28. *Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.*
- 29 a 30 ...*Omissis...* (la totalidad del subrayado es agregado)

El empleo público en la Constitución de México de 1917.

La norma no agota aquí su nivel protectorio, sino que se ocupa particularmente de las relaciones laborales –tanto individuales como colectivas- que se desarrollan en el marco del sector público.

El inciso “b)” de la norma pauta los derechos laborales de los empleados públicos tanto bajo la órbita federal, como las entidades subregionales.

De la misma forma que lo anterior, detalla constitucionalmente la posición del trabajador respecto a su empleador restringiendo el margen de regulación por parte del legislador ordinario.

e) Nuestra posición sobre el origen histórico de la Constitución socioeconómica.

Hasta aquí han sido expuestas varias de las principales posiciones doctrinarias que buscan explicar el punto de inicio de la conceptualización del orden económico constitucional, denominado actualmente (y en este trabajo de tesis) Constitución económica.

Seguidamente expondremos y justificaremos **nuestra posición sobre la temporalidad del concepto** de Constitución socioeconómica.

A *priori*, nótese la añadidura de “social” que utilizamos para la estructuración de un orden económico de índole constitucional. Tal agregado implica la necesidad de abordar su aspecto histórico desde una doble dimensión.

Por un lado, la dimensión jurídica-protectoria. Esta, a su vez, se desdobra en su faz sustancial, o el reconocimiento de derechos fundamentales económicos y sociales, y su faz procedimental, o el establecimiento de garantías constitucionales para su efectivo cumplimiento.

Por otro lado, la dimensión jurídica-organizativa, la cual también a su vez se despliega en la división de poderes del Estado, por un lado, y en su acepción financiera, o estructura recaudatoria de recursos económicos para el funcionamiento del sistema, por el otro.

Frente a esto que exponemos, y a partir de la complejidad que experimentan las sociedades luego de la primera revolución industrial se dan las condiciones para la necesidad de una ordenación constitucional de las economías nacionales. Pero estas ordenaciones no se dan de cualquier forma, sino que atienden las demandas sociales de los colectivos más débiles de la sociedad.

Manuel García Pelayo, recordando a Lorenz von Stein, apunta que la época que nace en 1850 es el fin de las reformas políticas y a su vez el comienzo de las reformas sociales, caracterizándola como la adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial³³⁸.

Se debe recordar el plano sociológico de la época, en la cual los el colectivo social compuesto por la clase trabajadora demanda un cambio en el *status quo* imperante. Ese mismo panorama ordenado económicamente, en forma exclusiva y excluyente, por el simple ejercicio del derecho de propiedad privada y la libertad de contratación, ambas entendidas de manera cuasi ilimitadas.

Como ha sucedido a la largo de la historia, que toda limitación de libertades (económicas liberales) y ampliación de los derechos (sociales) se dan a partir de su “positivización”, en este caso plasmadas en cartas constitucionales. Tal fenómeno no se encuentra exento de conflictos, luchas y conquistas por parte los colectivos intervinientes.

³³⁸ García Pelayo, Manuel; Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza, Madrid, 1985, Pág. 18.

Paolo Biscaretti di Ruffia, justamente, identifica un cambio decisivo al término de la Primera Guerra Mundial: mientras que desde entonces los derechos y los deberes de los ciudadanos habían sido formulados jurídicamente sólo en relaciones con la actividad jurídica del Estado (a saber: a la desplegada para alcanzar los llamados fines esenciales del mismo: y, en particular, teniendo en cuenta la tutela del orden en el interior del mismo Estado, sobre la base, especialmente en los últimos años, de los principios democráticos de libertad e igualdad. Así, desde tal época en adelante fueron igualmente definidos, siempre en medida creciente, respecto a la actividad social del mismo Estado (bienestar y progreso moral y material del pueblo)³³⁹.

Elías Díaz sostiene que en el Estado liberal de derecho “la burguesía mostrará después poseer diferente criterio e institucionalizará jurídicamente el Estado por ella y para ella creado (el Estado liberal), dando así lugar precisamente al Estado liberal de Derecho”. Agrega que las insuficiencias del liberalismo estaban, para el autor, ya en parte presentes en la Declaración de 1789, expresión ideológica del triunfo de la burguesía, cuyo artículo final venía a definir y fijar la propiedad como un derecho “inviolable y sagrado” (artículo 17): esto, en el contexto capitalista, llevaba de hecho a un insuficiente respecto de los derechos y libertades de los hombres no propietarios, es decir los proletarios. Recuerda en esto el aporte de Robert von Mohl³⁴⁰ a la primigenia implementación de Estado de derecho. Posteriormente, el Estado social traerá aparejado una ampliación de la zona de aplicabilidad de los derechos, pero sin alterar sustancialmente los supuestos básicos económicos³⁴¹.

En nuestra apreciación entonces, el término Constitución socioeconómica puede ser identificado **temporalmente a partir del surgimiento del movimiento jurídico denominado constitucionalismo social**.

Siguiendo a Ernst Forsthoff, reconocemos que los intentos de conferir al Estado de derecho contenidos sociales y otorgar un soporte constitucional a la *fraternité* (junto a la *liberté* y la *égalité*), llegan hasta los orígenes mismos del Estado de derecho. El autor expone algunos proyectos constitucionales previos a la declaración francesa que merecen ser atendidos³⁴².

En cambio, Dieter Grimm –entre otros- formula su acotación sobre el carácter burgués de los derechos fundamentales clásicos al afirmar que “La producción de cohesión social y la creación de un justo equilibrio de intereses se transformaron así al mecanismo del mercado, que debía cumplir esta tarea de manera más segura y respetuosa que la dirección política centralizada”³⁴³.

³³⁹ Biscaretti di Ruffia, Paolo; Derecho constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, Pág. 670.

³⁴⁰ Sobre Robert von Mohl, ampliar por ejemplo en: Sosa Wagner, Francisco; Maestros alemanes del derecho público, Marcial Pons, Madrid, 2010, Págs. 91 y ss.

³⁴¹ Díaz, Elías; Estado de Derecho y sociedad democrática, Editorial Taurus, Madrid, 1966, Págs. 40 a 52.

³⁴² Forsthoff, Ernst; “Conciencia y esencia del Estado social de derecho”, en Abendroth, Wolfgang, Forsthoff, Ernst y Doebling, Karl; El Estado social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, Págs. 74 y 75.

³⁴³ Grimm, Dieter; Constitucionalismo y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2006, Pág. 83.

Eludimos aquí ese debate para evitar digresiones, ya que lo que nosotros proponemos es **concebir el conjunto de derechos clásicos-liberales y derechos sociales de manera amalgamada y sistémica, en una estructura única suprema que conforma el sistema de derechos de una Constitución socioeconómica**. Esa sistematicidad y la amalgama de su contenido conforman el carácter identificador del criterio aquí propuesto.

Tal fórmula de solución impide el detrimento de ciertos derechos por sobre otros, conformando un bloque sólido y compacto –denominado Constitución socioeconómica- del cual el legislador ordinario podrá modularlo sin afectar su núcleo o esencia indisponible.

Es en aquellas experiencias normativas en las cuales se observe tal orden -y de la manera expuesta- en donde conforme a la definición que aproximamos se podrá identificar el nacimiento de una Constitución socioeconómica en determinada realidad constitucional.

Fáctica y cronológicamente tal cuerpo normativo amalgamado no se concretará en textos supremos nacionales sino a partir de la consagración de dos constituciones inéditas en su época: La Constitución de Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en Latinoamérica, y la Constitución de la República de Weimar de 1919 en Europa, ambas anteriormente explicadas y desarrolladas.

Su despliegue y réplica comparada se evidenciará posteriormente en, por ejemplo, las constituciones que actualmente no se encuentran vigentes como la Constitución de España del año 1931 (artículos 43 a 50); de Brasil de 1934 (Título IV “*Da Ordem Econômica e Social*”, artículos 115 a 143); y de Argentina en 1949 (artículos 37 a 40), entre otras.

8. Presupuestos de la Constitución socioeconómica.

Hasta aquí han sido formuladas las diversas conceptualizaciones sobre el concepto de Constitución económica. Se ha acercado también nuestra hipótesis definitoria del modelo, desglosando y desarrollando sus componentes y elementos. Posteriormente fueron reseñadas las diversas posiciones sobre la temporalidad de la noción y su desarrollo histórico expresando las categorías de las cuales sobresalieron dos elementos. El primero de ellos referido al momento histórico, sus consecuencias sociológicas y la consecuente incorporación de nuevos actores al diálogo constitucional. El segundo, observando la amalgama y sistematicidad de los componentes que lo integran (en especial, su sistema de derechos), como garantía de su paridad jerárquica

Seguidamente serán abordados los presupuestos en los cuales se apoya la Constitución socioeconómica.

i) **Primer presupuesto: Toda Constitución proyecta un orden socioeconómico.**

Todo texto constitucional establece un orden político en el cual se plasma la estructura del poder limitado a partir de su división y del reconocimiento de derechos fundamentales. Algunos de esos derechos fundamentales limitan el poder económico, de la misma manera que los derechos civiles y políticos clásicos en su tiempo limitaron –y aún lo hacen- el poder público estatal.

Ahora bien, los factores económicos –o poder económico- encuentran orientaciones, límites, e incluso programas prescriptos en las Constituciones. Estos últimos configuran o proyectan un orden, entendido como un *ordo* positivo, diferente al dado o natural y correspondiente a la razón en el marco de una Constitución nacional.

Esto atento que el derecho –y en particular el derecho constitucional- es el sistema que debe regir y regular al sistema económico en un Estado constitucional, y no a viceversa, como anteriormente ha sido justificado.

Muchas veces aquella proyección se encuentra **especificada y sistematizada** en el cuerpo del ordenamiento supremo. Otras veces esa proyección surge **implícitamente al interpretar armónicamente** la Constitución y el resto del ordenamiento supremo.

Que bloque relativo a la Constitución socioeconómica se encuentre atomizado, disperso y desordenado no es sinónimo de anomalía constitucional. Ello siempre y cuando la interpretación que se formule respecto aquél bloque se lleve a cabo de manera coherente con la estructura jerárquica de su sistema de fuentes.

Esta categorización resulta útil a los fines esquemáticos-explicativos y comparativos, sin que esto implique crítica alguna sobre la preferencia del constituyente al momento de plasmar las directrices sobre el orden socioeconómico en la redacción de cada uno de los textos supremos, en sus dos variantes: ordenada o atomizada.

Incluso más. Germán Bidart Campos entiende que toda Constitución proyecta un orden socioeconómico, aún cuando su letra no haga expresa referencia alguna a ello. También aclara que es así cuando haciéndolo, su letra no se encuentre agrupada en un segmento específico³⁴⁴.

Esto reafirma la postura de la supremacía constitucional por sobre todo el ordenamiento jurídico –incluso el que posee tinte económico–, con los caracteres que cada impronta constitucional le imponga referido a su orden jerárquico interno.

En concreto y sintetizando, **toda carta constitucional proyecta un orden socioeconómico que puede estar explícitamente configurado o tácitamente inducido a partir de los principios, valores y derechos que reconoce**. Expongamos algunos ejemplos de lo dicho.

Constituciones socioeconómicas ordenadas y dispersas. Análisis de casos comparados.

La Constitución española del año 1978 y la Constitución argentina del año 1853, reformada en los años 1957 y 1994 poseen en forma expresa normas sobre derechos, valores y principios socioeconómicos. En cambio, la Constitución de Estados Unidos de América en su versión del año 1787 no poseía pautas expresas sobre su orden socioeconómico.

Sin embargo, ambos ordenamientos proyectaron –y con sus posteriores reformas, lo continúan haciendo– un orden socioeconómico determinado.

En el primer caso (sistema ordenado), las normas referidas a los principios constitucionales socioeconómicos aparecen –al menos las principales– estructuradas en un sistema interrelacionado y ubicados generalmente bajo un único título. Ello sin perjuicio que otras normas de índole socioeconómico –generalmente secundarias o derivadas– se presenten fuera de tal nomenclatura.

En el segundo caso (sistema atomizado), la totalidad de las normas socioeconómicas (principales y secundarias) se encuentran definidas de manera dispersa, atomizada –y hasta a veces desordenada– en el texto constitucional.

Un ejemplo de la primera categoría se observa en la Constitución italiana del año 1947. Bajo el Título III denominado “De las relaciones económicas”, la ley suprema enumera entre los artículos 35 a 47 principios, valores y derechos. Asimismo, la Constitución de Portugal del año 1976 es otro de los casos que pueden ser encuadrados en esta especie. En el Título III, Capítulo

³⁴⁴ Bidart Campos, Germán; El orden socioeconómico en la Constitución, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, Pág. 31.

segundo de la norma enumera los derechos y deberes económicos (artículos 51 a 79) y en la Segunda parte enuncia la organización económica del Estado (artículos 80 a 100) bajo los esquemas de principios generales, estructura de propiedad de los medios de producción, el plan (económico), la reforma agraria, el sistema financiero y fiscal y los circuitos comerciales.

En una variante, la Constitución española de 1978, si bien encuentra muchas de las pautas socioeconómicas dentro del Capítulo I, Título III (artículos 39 a 52), posee numerosas normas principales fuera de tal estructuración (por ejemplo, los artículos 31, 33, 37, 38, 128 a 136, entre otros).

Sin embargo, sobre esta caracterización la doctrina no es pacífica. Justamente y respecto a esto alguna literatura ha afirmado que el modelo económico como base estructural “de la fórmula política” de la Constitución está definido con cierta claridad en el texto de 1978, aunque de forma algo asistemática y desordenada, “habida cuenta de que los distintos elementos que integran su estructura se encuentran dispersos a lo largo de todo el cuerpo legal, si bien existen concentraciones de preceptos que abordan de forma más directa y monográfica la intervención del Estado y los particulares en la economía”³⁴⁵.

Ángel Alonso de Antonio y José Alonso de Antonio caracterizan la asistematicidad del texto, por cuanto deducen que no se observa una correspondencia exacta de la clasificación en referencia al contenido de cada derecho³⁴⁶.

Ejemplos de la segunda categoría -Constitución socioeconómica expresa, pero dispersa en el ordenamiento supremo- se observa en el caso de la Constitución argentina del año 1853 con sus posteriores reformas. Si bien sus artículos 14, 17, 42 y 43 se encuentran ubicados en la sección que enumera los derechos y garantías constitucionales, las pautas rectoras sobre intervención del Estado y su financiamiento se encuentran en la segunda parte del texto, sin perjuicio de lo dispuesto también en su artículo 4.

También y en cierta forma, aunque con algún grado de sistematicidad (nivel intermedio), se presenta en la Ley fundamental de Bonn de 1949 (artículos 104 a 115 referido a la hacienda pública) y en la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 con sus reformas (Sección XIV – Hacienda Pública, artículos 214 a 232).

El siguiente cuadro resume las distintas variantes que la Constitución socioeconómica puede presentar respecto el ordenamiento observado en su texto e introduce algunos de los ejemplos dogmáticos expuestos.

³⁴⁵ Balado Ruiz Gallegos, Manuel; “Notas sobre el modelo económico constitucional español”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, tomo I, Pág. 41.

³⁴⁶ Alonso de Antonio, Ángel y Alonso de Antonio, José; Derecho constitucional español, Editorial Universitas, Madrid, 2006, Págs. 249 y 250.

Constitución socioeconómica / Ordenamiento	Texto sistematizado y ordenado	Texto disperso (atomizado y/o desordenado)
Reconocimiento expreso de normas socioeconómicas	Constitución socioeconómica italiana de 1949 y portuguesa de 1976	Constitución socioeconómica argentina de 1853 y española de 1978 ³⁴⁷
	Constitución socioeconómica alemana de 1949 y uruguaya de 1967	

A partir de la observación comparada se concluye que tanto las constituciones italianas y portuguesas se encuadran dentro de las variables “reconocimiento expreso” y relativo “ordenamiento” y “sistematicidad”, esto último contrariamente a lo que sucede en la experiencia argentina y –según ciertas posturas doctrinarias- el caso español.

En cambio, el texto alemán y el uruguayo se ubican dentro del cuadro correspondiente al reconocimiento expreso de su Constitución socioeconómica, pero en un nivel intermedio-compartido en referencia a su sistematicidad y ordenamiento.

Seguidamente, se proyecta la explicación expuesta en el caso de ausencia de un reconocimiento expreso mayoritario de normas socioeconómicas plasmado en un cuadro de doble entrada a partir del ordenamiento constitucional de Estados Unidos de América.

Constitución socioeconómica / Reconocimiento	Sin reconocimiento de derechos económicos y sociales	Con reconocimiento de derechos económicos y sociales
Interpretación implícita del orden socioeconómico	Constitución norteamericana originaria de 1787	Constitución norteamericana con enmiendas 5ª y 9ª de 1791 (derechos socioeconómicos mayoritariamente implícitos)

³⁴⁷ Ello no obstante las posturas doctrinarias enfrentadas que se observan sobre el caso español.

El esquema ilustra las dos variantes del texto constitucional norteamericano a partir de la interpretación implícita de su orden socioeconómico.

Como consecuencia directa de afirmar que toda Constitución proyecta un orden socioeconómico y que dicho orden se encuentra -o debe encontrarse- sujeto a aquél (y no a viceversa) se concluye lo siguiente:

Toda Constitución socioeconómica determina su “orden socioeconómico” e irradia sus contenidos sustanciales (fuerza normativa) en las relaciones horizontales (*inter partes*) y verticales (Estado-particulares) respecto a los actos jurídicos (individuales) y su normativa inferior (generales) de índole económica (directa) como así también extra-económica (indirecta).

Tal conclusión se conecta y demuestra lo afirmado al momento de plantear la hipótesis o directriz de trabajo de la presente tesis.

A partir de esta afirmación, el modelo económico que la Constitución socioeconómica irradie podrá encuadrarse en los arquetipos conocidos según las experiencias comparadas. También estará determinado por sus principios y contenidos -desde lo normativo- y por las conductas de sus actores y operadores -desde lo sociológico, vinculado a la denominada Constitución material³⁴⁸-.

El estudio de los órdenes socioeconómicos susceptibles de ser desplegados por cada caso no pertenece a la teoría general -y por lo tanto excede esta sección- sino a la dogmática particular.

Sucede que en rigor teórico no interesa diferenciar entre Estados con políticas públicas económicas liberales o más inclinado a cuestiones sociales.

Tampoco reviste importancia diferenciar unidades políticas nacionales o soberanas en cuyo territorio abunden o escaseen los recursos naturales, financieros o incluso humanos.

Estos elementos son indiferentes a la afirmación enunciada ya que aplica tanto a Estados que cuentan con grandes cantidades de recursos económicos y Estados que no lo poseen. También a aquellos que adoptan posturas socioeconómicas más liberales o que prefieren maximizar el papel del Estado en las actividades económicas.

Todo esto es así debido a que el derecho -y en especial el derecho constitucional- es el orientador de la economía -y particularmente la política económica-, en todos los casos.

Este primer presupuesto se incardina con el siguiente, que lo planteamos de la siguiente manera.

³⁴⁸ Mortati, Constantino; La Constitución en sentido material, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000 [1940].

- ii) **Segundo presupuesto: La Constitución socioeconómica es una regla prudentemente abierta y compatible con pluralidad de modelos económicos, con los límites que establecen los derechos allí reconocidos y su neutralidad o determinación declarativa/constitutiva ideológica.**

En párrafos anteriores hemos afirmado que toda Constitución socioeconómica determina su “orden socioeconómico”. Sin embargo, este bloque no tiene por función o finalidad imponer un único, estricto e inamovible modelo socioeconómico. Esto es así ya que aún en el caso de estar frente a una Constitución socioeconómica de la que podríamos caracterizar como “Constitución socioeconómica declarativamente ideológica” (conforme la constricción que antes elaboramos y destacamos), existe cierto margen de discreción para que los poderes constituidos puedan escoger entre variantes dentro de cada modelo económico.

Pero tampoco es función de la Constitución tomar partido por un único, exclusivo y excluyente modelo económico. Pretender lo contrario implicaría desconocer un elemento central que en la actualidad revaloriza y destaca el neoconstitucionalismo: la diversidad o pluralidad de pensamiento.

Las diferentes expresiones de política económica, generalmente desarrolladas por los poderes constituidos elegidos en forma democrática son los encargados de determinar la preferencia por determinado modelo (con sus variantes), pero siempre dentro del marco de la normativa suprema.

Es aquí en donde el Estado constitucional articula los principios de supremacía de la Constitución socioeconómica, democracia y relaciones entre el propio Estado, la sociedad y la economía.

El análisis sobre esta afirmación ha sido desarrollado anteriormente, en ocasión de indagar acerca de la ideología de la Constitución socioeconómica y allí nos remitimos.

Lo concreto aquí es que el bloque fija una regla “prudentemente” abierta y compatible con ciertos modelos económicos. Esta “prudencia” encuentra sus límites en los derechos fundamentales reconocidos como así también en la propia neutralidad o determinación (declarativa/constitutiva) ideológica de la norma suprema.

Queda planteada así una **relación proporcional** entre neutralidad/determinación ideológica de la Constitución socioeconómica y modelo económico adoptable.

Consecuentemente, a mayor neutralidad ideológica habrá una mayor diversidad de modelos económicos aplicables en la Constitución socioeconómica bajo análisis. De forma contraria, un posicionamiento ideológico determinado tenderá a acotar el margen de modelos económicos adoptables por los poderes constituidos, en el marco del señalado bloque supremo.

Planteo de la descripción en fórmulas lógicas.

Esquematzado, la explicación anterior se puede exponer en el planteo de las siguientes fórmulas lógicas. Así,

i) $N.I. < M.E.$, por lo que consecuentemente:

ii) $I.C. > M.E.$

En donde N.I representa la neutralidad ideológica; M.E. el universo de modelos económicos conocidos; e I.C. una ideología determinada adoptada por la Constitución socioeconómica.

En el caso i), la neutralidad ideológica del texto permite proporcionalmente un despliegue más extenso de aplicación de arquetipos económicos conocidos. Contrariamente, en el caso ii), la adopción de una determinada posición (ideología) acota, también con proporcionalidad, el espectro de modelos económicos.

Capítulo 3

El sistema de derechos económicos, sociales y culturales de la Constitución socioeconómica desde un enfoque comparado.

1. Metodología comparada aplicada. El derecho constitucional comparado y su esquematización.

Expuestas las diferentes posturas sobre el concepto de Constitución socioeconómica y uno de sus contenidos (el reconocimiento de derechos económico-sociales), avanzamos seguidamente sobre las apreciaciones que ofrece la dogmática comparada en los casos de España y Argentina.

Toda comparación de elementos que integran los sistemas jurídicos requiere formular, al menos preliminarmente, una puesta en común o aproximación preparatoria de sus elementos centrales a los fines de presentar la tarea expositiva y permitir un confronto mucho más provechoso.

Esta puesta en común es una preposición estipulativa. Como tal, resulta equivocado catalogarla como correcta o incorrecta. En todo caso podrá ser una preposición útil o inútil a los fines perseguidos de cotejo.

Será de utilidad suficiente si la labor comparativa que en base a aquella puesta en común se formule permite identificar claramente los extremos comunes, los componentes disímiles de ambos sistemas con el objeto de arribar a las conclusiones que de ello se derive.

A su vez, también interesa que la puesta en común que se proponga favorezca la elaboración en el ámbito científico aplicado de hipótesis alternativas –y mejor aún superadoras– que redunden en el paulatino perfeccionamiento de los sistemas jurídicos constitucionales.

Sucede que, como lo afirma Manuel García Pelayo, la misión del derecho constitucional comparado es el estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales (no necesariamente vigentes) de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y contrastes entre ellos o entre grupos de ellos. Por consiguiente es una disciplina que agrupa una pluralidad de órdenes jurídicos constitucionales³⁴⁹.

Guiseppe de Vergottini se enrola en una línea similar por cuanto sostiene que comparar significa confrontar, subrayando las semejanzas y diferencias en la disciplina normativa dictada por diversos ordenamientos y también en la práctica constitucional y en la jurisprudencia, siempre aclarando que “para que la comparación sea provechosa debe hacerse entre

³⁴⁹ García Pelayo, Manuel; Derecho constitucional comparado, Alianza, Madrid, 1984, Pág. 20.

ordenamientos e institutos que cuentan con algunos rasgos comunes que permitan compararlos³⁵⁰.

¿Cuáles son los objetivos del derecho constitucional comparado?

En primer lugar, y siguiendo el razonamiento del autor, perfecciona el conocimiento, en cuanto a su consideración como método científico. También, clasifica y permite agrupar ordenamientos jurídicos. En tercer lugar, interpreta instituciones constitucionales de los modelos observados. Finalmente, prepara futuras formaciones y unifica derechos y armoniza la normativa pluriestatal.

El autor concluye afirmando que la comparación es un método y una disciplina científica, ya que “busca la elaboración de los propios modelos mediante criterios y principios autónomos, deducibles del estudio de diversos ordenamientos que, a su vez, se utilizan para comprender mejor otras experiencias constitucionales”³⁵¹.

Siguiendo en la doctrina italiana, Lucio Pegoraro y Angello Rinella desarrollan los rasgos históricos del derecho constitucional comparado, citando los trabajos precursores de Giovanni Battista Vico³⁵². También se destaca el aporte de Paolo Biscaretti di Ruffia en la utilización de esta metodología³⁵³.

Luis Sánchez Agesta, desde la doctrina española y recogiendo el razonamiento aristotélico, identifica tres objetivos del método constitucional comparado:

- la valoración empírica de las Constituciones para deducir una constitución (o modelo constitucional) más adecuada;
- la inducción de elementos comunes como principios de una teoría constitucional;
- el contrastar la peculiaridad de un orden constitucional concreto al compararlo con otros órdenes para comprender mejor sus singularidades³⁵⁴.

La misión del derecho constitucional comparado, para el autor, estriba en informarnos de las analogías y variedades de la organización política de los diversos pueblos y del perfil del proceso histórico en que están comprendidos, “para ayudar a formar nuestra conciencia del mundo contemporáneo y entender los reflejos en cada pueblo de la ineludible unidad de la historia política mundial”³⁵⁵.

³⁵⁰ De Vergottini, Guisepppe; Derecho constitucional comparado, Espasa Calpe, Madrid, 1983, Págs. 68 y 72.

³⁵¹ De Vergottini, Guisepppe; ob.cit., Págs. 75 a 84 y 85, respectivamente.

³⁵² Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo; Las fuentes en el derecho comprado: (con especial referencia al derecho constitucional), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Madrid, 2003.

³⁵³ Biscaretti di Ruffia, Paolo; Introducción al derecho constitucional comparado, México, 1996.

³⁵⁴ Sánchez Agesta, Luis; Curso de derecho constitucional comparado, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, Pág. 21.

³⁵⁵ Sánchez Agesta, Luis; Historia del constitucionalismo español (1808-1936), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 22.

En igual medida, es preciso destacar el intento de mantener “la neutralidad objetiva al nivel óptimo, que debe garantizar a la investigación científica”³⁵⁶, en el concepto de Enrique Tierno Galván.

El aporte de Manuel Jiménez de Parga también traza algunas líneas comparadas en la materia³⁵⁷.

Más recientemente se ha argumentado que el derecho comparado puede reivindicar la dignidad de ciencia sólo cuando la finalidad que aquella se propone no es solamente sistematizar los materiales jurídicos de un singular ordenamiento utilizando conocimientos de otros ordenamientos, sino más cuando realiza una confrontación, al verificar las analogías y las diferencias y clasificar institutos y sistemas, ordenando el conocimiento y creando modelos dotados de prescriptividad³⁵⁸.

Y desde el plano comunitario, la integración regional de la Unión Europea ha propiciado el estudio de los textos constitucionales que componen dicho bloque³⁵⁹.

En la literatura argentina no se ha utilizado con demasiada asiduidad el recurso del método comparado.

Segundo Linares Quintana apoya parte de su obra en la utilización del método comparado³⁶⁰. También se destacan los aportes de Jorge Vanossi³⁶¹ y Werner Goldschmidt³⁶².

Germán Bidart Campos y Walter Carnota, finalmente, realizan un pormenorizado estudio sobre el derecho constitucional comparado contemporáneo, indagando sobre los aspectos económicos (Constitución económica), la integración regional y la globalización como problemáticas actuales a las que el derecho constitucional debe dar respuestas³⁶³.

2. El derecho constitucional comparado en la experiencia iberoamericana.

Ahora bien, dentro del nutrido universo de estudios jurídicos comparados, se destacan las relaciones entre España y los Estados americanos del sur del río bravo. Dentro de ellos, Argentina parece revestir un particular interés.

³⁵⁶ Tierno, Galván, Enrique; Conocimiento y ciencias sociales, Editorial Tecnos, Madrid, 1966.

³⁵⁷ Jiménez de Parga, Manuel; Los regímenes políticos contemporáneos, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

³⁵⁸ López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marcos y Pegoraro, Lucio; Nuevo Derecho constitucional comparado, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 33.

³⁵⁹ Gómez Orfanell, Germán (editor); Las constituciones de los Estados de la Unión Europea, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

³⁶⁰ Linares Quintana, Segundo; Derecho constitucional e instituciones políticas, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, Tomo III.

³⁶¹ Vanossi, Jorge; “¿Existe un derecho constitucional comparado?”, en Revista jurídica El Derecho, Buenos Aires, tomo 65, Pág. 817.

³⁶² Goldschmidt, Werner; “La alonomología (alias Ciencia del derecho comparado)”, en Revista jurídica El Derecho, Buenos Aires, tomo 77, Pág. 861.

³⁶³ Bidart Campos, Germán y Carnota, Walter; Derecho constitucional comparado, II tomos, Buenos Aires, 2000.

En muchos trabajos se ha argumentado sobre la influencia que la Constitución española de 1812 ha tenido sobre el texto supremo argentino del año 1853, como así también el texto ibérico del año 1978 sobre la reforma argentina de 1994.

Desde la doctrina europea, la comparación con los ordenamientos constitucionales americanos en temas concretos y determinados es una disciplina recurrente.

Francisco Fernández Segado, por ejemplo, alude a una permeabilidad constitucional recíproca entre España y Argentina, que se abre con las cortes de Cádiz y culmina con la Constitución de 1978³⁶⁴.

Lucio Pegoraro sostiene que el ordenamiento constitucional español ha sido exportador y a la vez receptor de las realidades latinoamericanas³⁶⁵.

Luis Díez-Picazo ha trabajado la temática en referencia a la garantía constitucional de la independencia del poder judicial³⁶⁶.

En América Latina la tendencia ha adquirido similar talante.

Néstor Sagüés sostiene que el reflejo de la Constitución estadounidense fue en su momento más acentuado en el ámbito “orgánico” de la Constitución argentina, mientras que el de la actual Constitución española, quedó más plasmado en el sector “dogmático”³⁶⁷ con posterioridad a la reforma del año 1994.

Jorge Carpizo imagina un derecho constitucional latinoamericano con orígenes, desarrollos y tendencias comunes. Entre los primeros –y su herencia cultural- apunta, naturalmente, a la raíz ibérica³⁶⁸.

Ricardo Haro, Pablo Dermizaky Peredo y Antonio María Hernández han trabajado cuestiones comparadas sobre derechos fundamentales –los dos primeros autores- y formas unitarias y federales, respectivamente³⁶⁹.

³⁶⁴ Fernández Segado, Francisco; “España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional”, en Fernández Segado, Francisco y otros; La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Pág. 14.

³⁶⁵ Pegoraro, Lucio; “El derecho comparado y la constitución española de 1978. La recepción y ‘exportación’ de modelos”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, nº 9, Pág. 287.

³⁶⁶ Díez Picazo, Luis; “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, en Revista española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, nº 34, enero-abril de 1992, Pág. 19.

³⁶⁷ Sagüés, Néstor; “Influencia de la reforma constitucional española en la reforma constitucional argentina de 1994”, en Fernández Segado, Francisco y otros; La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Pág. 101.

³⁶⁸ Carpizo, Jorge; “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, nº 10, Pág. 78.

³⁶⁹ Haro, Ricardo; “Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo americano”, en: Fernández Segado, Francisco y otros; La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Pág. 57; Dermizaky Peredo, Pablo; “Estado actual de los derechos fundamentales en Europa y América (Breve estudio de derecho comprado)”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, nº 9, Pág. 51 y Hernández, Antonio; “La influencia de la

Inclusive, en ambos lados del océano Atlántico se han elaborado numerosos aportes referidos al derecho procesal constitucional comparado³⁷⁰, que generan un verdadero diálogo entre culturas jurídicas similares a los efectos de lograr, en palabras de Giovanni Sartori, un válido método de control de las generalizaciones³⁷¹.

3. La propuesta metodológica: El estudio comparado de los derechos económicos, sociales y culturales en los casos de España y Argentina y su alcance protectorio. Orden expositivo.

Entendemos, pues, que la comparación de elementos constitucionales –en el caso que proponemos, los derechos económicos, sociales y culturales y su alcance protectorio- encuentra entre sus funciones:

- perfeccionar el conocimiento de los derechos constitucionales en los ordenamientos que son objeto de estudio;
- profundizar el alcance protectorio a partir de su contraste entre ambos modelos;
- construir clasificaciones y a su vez agrupar ordenamientos a partir de sus características (que se obtienen a partir de su comparación);
- agudizar la descripción de ambos espectros de derechos estimulando la formulación de nuevos conceptos;
- interpretar instituciones constitucionales; y
- preparar futuras formaciones unificando derechos y armonizando la normativa pluriestatal.

En esta inteligencia, resulta preciso manifestar que el punto de partida de toda comparación comienza en la elaboración de la **matriz antecedente**. En esta propuesta preliminar se apoyará el **estudio comparado** de los derechos económicos, sociales y culturales como así también su alcance protectorio.

constitución española de 1978 en el constitucionalismo provincial argentino” en: Fernández Segado, Francisco y otros; La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Pág. 103, respectivamente.

³⁷⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; “Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, nº 13; Pegoraro, Lucio; “La utilización del Derecho Comparado por parte de las Cortes constitucionales: Un análisis comparado”, en Revista de Derecho Público Comparado, Editorial Iustel y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, nº 1, septiembre de 2007 y Carnota, Walter; “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, nº 15, entre tantos otros.

³⁷¹ Sartori, Giovanni; “*La politica comparata: premesse e problemi*” en Rivista Italiana di Scienza Politica, Milano, nº 1, 1971.

Para la instrumentación y despliegue de tal método científico³⁷² proponemos la siguiente clasificación sobre los derechos a comparar: Derechos preponderantemente de abstención o netamente económicos, por un lado; y derechos preponderantemente de prestación o socioeconómicos por el otro.

Esta clasificación se presenta a los efectos científico-expositivos y no denotan o sugieren diferencias en cuanto su operatividad, exigibilidad o interrelación más que las que eventualmente pudieran surgir del ordenamiento constitucional.

Los primeros **–derechos preponderantemente de abstención o económicos en sentido estricto–** encuentran su preeminencia en la obligación que encuentran los sujetos pasivos (Estado y demás particulares) de no intervenir en el ejercicio del valor jurídicamente protegidos. Esto no significa que, como la gran mayoría de los derechos, junto a las obligaciones de abstención no puedan concurrir acciones prestacionales (generalmente por parte del Estado). El desarrollo acabado de esta argumentación excede el objeto de estudio del presente trabajo de tesis y a la bibliografía que lo desarrolla nos remitimos³⁷³.

Dentro de la categoría de derechos preponderantemente de prestación indagaremos sobre el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa, de la manera que constituyen las piedras angulares de las libertades económicas en una economía de mercado determinada dentro de una Constitución socioeconómica³⁷⁴.

En el marco de los segundos **–derechos preponderantemente de prestación o socioeconómicos–**, ofrecemos la propuesta expositiva que sigue a continuación:

Por un lado, el derecho del trabajo y sus derechos conexos conforman el basamento de la transformación del constitucionalismo clásico al constitucionalismo social. Estos componen la segunda subespecie de los derechos.

Por otro lado, incluimos el resto de los derechos económicos, sociales y culturales que también integran la Constitución socioeconómica y en el presente trabajo componen la tercera subespecie. Allí se ubican, por ejemplo los derechos culturales, el derecho al ambiente sano, los derechos de los consumidores, entre otros.

³⁷² Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín; Las limitaciones del conocimiento jurídico, Editorial Trotta, Madrid, 2003; Gordillo, Agustín; El método en derecho, Editorial Cívitas, Madrid, 1988; Eco, Humberto; Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura, Gedisa, Barcelona, 1995, entre otros.

³⁷³ Stephen Holmes y Cass Sunstein analizando los “costos ocultos” que se observan para garantizar el ejercicio de todos los derechos (incluido el derecho de propiedad privada), y al caracterizar la futilidad de tal dicotomía afirman que todos los derechos son positivos (o de prestación). Holmes Stephen y Sunstein, Cass; El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2001. Ampliar en Berlin, Isaiah; Cuatro ensayos sobre la libertad, Fondo de Cultura Económica, México 2006 [1964].

³⁷⁴ Mortati, Constantino; Instituzioni di diritto pubblico, Padova, 1962, tomo II, Pág. 1005. El autor afirma que la libertad económica se ejercita mediante la propiedad de los bienes, la iniciativa de empresa y la libertad de trabajo (“*La libertà economica si esercita attraverso la proprietà dei beni, l’iniziativa imprenditoriale, l’attività di lavoro libero o salariato*”).

En cuanto al **orden expositivo** de las experiencias a comparar, desarrollaremos primeramente el desarrollo expositivo (normativo, jurisprudencial y doctrinario) del caso **español**, y segundo lugar haremos lo suyo con el caso **argentino**, para formular, posteriormente, la comparación pertinente.

Esquemáticamente presentamos la propuesta clasificatoria comparada de los derechos económicos, sociales y culturales de la siguiente manera:

Comparación de los casos de España y Argentina	Derechos preponderantemente de abstención o netamente económicos	a) Derecho de propiedad privada y libertad de empresa (primera subespecie)
	Derechos preponderantemente de prestación o socioeconómicos	b) Derecho del trabajo y afines (segunda subespecie)
		c) resto de los derechos sociales y culturales (tercera subespecie)

Cuadro: Constitución socioeconómica - derechos económicos, sociales y culturales:
Propuesta clasificatoria comparada y orden expositivo.

Parte 1

El caso español.

A) El Contenido de la Constitución socioeconómica española.

Aproximación preliminar. La dogmática española sobre los derechos económicos, sociales y culturales.

El título preliminar de la Constitución española de 1978 constituye el pórtico de entrada a la norma suprema. Pablo Lucas Verdú sostiene que el contenido de ese título es la fórmula política de la Constitución en cuanto su expresión ideológica, jurídicamente organizada, en una estructura socioeconómica³⁷⁵. El autor enuncia tres elementos:

- el techo ideológico demoliberal (artículos 1 y 9 inciso 2 de la Constitución española)
- organización jurídico política (artículos 1 inciso 3 y 2)
- estructura socioeconómica (artículos 33 inciso 1, 38 y 10 a 55)

A su vez, el apartado del texto posee una triple función. La primera es identificar al régimen político en sentido demoliberal, abierto a la socialización dada la ambigüedad de varios preceptos. En segundo lugar fundamenta un nuevo régimen (libertad, justicia, igualdad, respecto al pluralismo político). Por último sirve para interpretar la Constitución y todo el ordenamiento jurídico (artículo 9.1 de la Constitución española).

Si bien nos interesa identificar el modelo socioeconómico español en el marco de su Constitución socioeconómica a los fines de indagar, a esta altura de manera comparada, sobre el sistema de derechos económicos, sociales y culturales, la referencia al ámbito político es obligada.

Con anterioridad hicimos referencia a la interrelación que todo Estado constitucional contemporáneo encuentra en el plano del derecho, la política y la economía³⁷⁶. Para ahondar sobre los aspectos generales de la interrelación conceptual nos remitimos a lo allí expuesto.

En esta inteligencia el texto español formula el alcance simbólico, cultural, integrador y transformador de la tabla de derechos de la Constitución de 1978. Y a partir de ello se destaca su conexión con el pluralismo, característica esencial de todo sistema neoconstitucional. Citando nuevamente a Pablo Lucas Verdú “No hay autentico pluralismo si este no funciona a favor de la persona; y la persona encuentra, en la pluralidad y variedad de grupos y formaciones

³⁷⁵ Lucas Verdú, Pablo; Curso de derecho político, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, tomo II, Págs. 259 y 260. Ver también “El título I del anteproyecto constitucional (La fórmula política de la Constitución), en: Lucas Verdú, Pablo; Estudios sobre el proyecto de constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978, Pág. 11.

³⁷⁶ Sobre la incidencia de las relaciones de poder en los mercados de intercambio financieros, ver: Furtado, Celso; El capitalismo global, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, Págs. 42 y ss.

sociales, el conveniente entramado sociopolítico para desarrollarse. O sea es un valor constitucional”³⁷⁷.

En el plano de los derechos, la doctrina española ha propuesto una gran cantidad de clasificaciones sobre el conjunto de valores jurídicamente protegidos plasmados en la Constitución de 1978 atendiendo a diversos factores. Entre ellas, y sin ser exhaustivos, es posible enunciar clasificaciones de derechos en razón de su operatividad, en razón de sus garantías, en razón de su objeto de prestación o abstención, de su eficacia o aplicación directa, entre tantas otras.

A partir de esto se apoyan las diferentes caracterizaciones construidas, en las cuales -en muchas ocasiones- se distinguen los derechos económicos, sociales y culturales (en cuanto a su alcance, efecto, grado de protección, etc.) que conforman el espectro constitucional. Veamos algunas posiciones.

Javier Jiménez Campo alude a la “racionalización del Estado social” para definir la articulación entre el artículo 1 de la Constitución española con el artículo 53 inciso 3 que más adelante será abordado. Esto justificaría, a criterio del autor, reabrir el debate doctrinal sobre el valor y la eficacia de los derechos sociales³⁷⁸.

Ángel Alonso de Antonio y José Alonso de Antonio identifican ciertas características de los derechos constitucionales a partir de la modulación y construcción que realizó desde un primer momento la justicia constitucional española y lo exponen esquemáticamente³⁷⁹.

En primer lugar, ubican el destacado reconocimiento constitucional o posición preeminente de los derechos fundamentales.

En segundo orden colocan su fundamentación supraconstitucional. Aquí los autores destacan el debate doctrinal sobre el carácter natural o positivo de ciertos derechos que preexistirían al Estado. Como tercer elemento, la pluralidad de sus titulares como sujetos activos de los derechos.

En el cuarto componente se encuentra la diversidad de los derechos en cuanto a su eficacia. Aquí los autores se enrojan en la postura que afirma que algunos derechos son plenamente operativos y otro no.

Como quinto aspecto ubican el refuerzo de la unidad como principio de organización territorial, a partir de lo dicho por el Tribunal Constitucional español en la sentencia nº 25/1981³⁸⁰.

³⁷⁷ Lucas Verdú, Pablo; Curso de derecho político, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, tomo II, Págs. 307 y 327.

³⁷⁸ Jiménez Campo, Javier; Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Editorial Trotta, Madrid, 1999, Pág. 122.

³⁷⁹ Alonso de Antonio, Angel y Alonso de Antonio, José; Derecho constitucional español, Editorial Universitas, Madrid, 2006, Pág. 265.

³⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 25/81 del 14 de julio de 1981.

Del sexto carácter destacan la función de los derechos como limitadores de la acción de los poderes públicos, en especial a partir de lo dicho por el Tribunal Constitucional español en la sentencia nº 66/1985³⁸¹.

Reconocen, como séptima característica, su aspecto irrenunciable e imprescriptible. Lo explicamos.

Sobre el argumento de la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional español en su sentencia nº 7/1983 ha dicho que “Los derechos fundamentales, que establecen una relación jurídica entre cada ciudadano y el Estado desde el reconocimiento de aquéllos en la Constitución, son permanentes e imprescriptibles, y por ende también lo es el derecho a no ser discriminadas por razón del sexo que tienen las aquí recurrentes. Ello es compatible, sin embargo, con que para reaccionar frente a cada lesión concreta que cada ciudadano entienda haber recibido contra ese o cualquier otro derecho fundamental, el ordenamiento limite temporalmente la vida de la correspondiente acción (cuya prescripción en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate, que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura), sino que significará tan sólo que ha transcurrido el plazo dentro del cual el ordenamiento le permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación. Por otra parte, es obvio que el derecho a no ser discriminado por razón del sexo no puede ser contemplado sólo en abstracto, sino en función de cada una de las situaciones jurídicas concretas en las que entre en juego, y por lo mismo, en conexión con los ámbitos normativos que regulen cada una de aquéllas, que en el caso que nos ocupa es el concerniente al contrato de trabajo. Bajo estas consideraciones hay que examinar cuándo nació, de dónde deriva y hasta cuándo está o ha estado viva la acción de las recurrentes para hacer valer en este caso su derecho fundamental a no ser discriminadas”³⁸².

En otro asunto y sobre el caso concreto del derecho a la no discriminación por motivos laborales, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que “*El derecho fundamental a no ser discriminadas por razón del sexo lo tienen las recurrentes desde la publicación y entrada en vigor de la Constitución...*”³⁸³.

Por su parte, y sobre el carácter irrenunciable de los derechos, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 11/1981, ha dicho que “*El recurso no pretende la inconstitucionalidad de la norma citada sobre la base de que los derechos constitucionales son irrenunciables - proposición jurídica que es indiscutible-. El recurso pretende la inconstitucionalidad del art.*

³⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 66/85 del 23 de mayo de 1985.

³⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 7/83 del 14 de febrero de 1983. El subrayado nos pertenece.

³⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 59/1993 del 15 de febrero de 1993

8.1 sobre la base de que, como la renuncia se produce en convenio, los renunciantes son los representantes legales de los trabajadores y no éstos.”³⁸⁴.

Finalmente, y también con apoyo en esta última sentencia constitucional mencionada, los autores destacan el carácter limitado de los derechos constitucionales ya que “Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53”³⁸⁵. También se ha dicho que los derechos fundamentales sólo pueden ceder ante los límites que establece la misma Constitución o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar protegidos³⁸⁶.

La cuestión de la limitación de los derechos –entre ellos los económicos, sociales y culturales- proyecta otra problemática. En su posición identifican límites internos, o aquellos que sirven para definir el contenido mismo del derecho y son intrínsecos a su definición, y por otro lado límites externos. Los límites poseen las siguientes características, a su vez modelados por la jurisprudencia constitucional:

a. Son expresos, ya que están establecidos por el ordenamiento, y a también generales, conforme lo establece por ejemplo el artículo 10 inciso 1 de la Constitución española al afirmar que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”;

b. Son implícitos, ya que se deducen de la misma lógica del ejercicio de los derechos y del ordenamiento, aunque deben basarse en límites constitucionalmente protegidos. A modo de ejemplo y conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 22/1984 es posible apuntar la inviolabilidad del domicilio. El órgano constitucional ha dicho “Que la protección jurisdiccional se impetra en el caso de autos por presunta vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 de la Constitución, en el que se declara que el domicilio es inviolable, añadiéndose a continuación que ninguna entrada podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito, y, por consiguiente, el análisis de este precepto parece el cauce adecuado para valorar atinadamente y delimitar de modo claro el alcance y finalidad de su prevención, lo que nos conduce a destacar que el mismo está integrado en un artículo consagrador también del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como el secreto de las comunicaciones, es decir, que todos estos derechos enunciados y garantizados en el precepto

³⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1981 del 11 de abril de 1981.

³⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1981 del 11 de abril de 1981.

³⁸⁶ Para la aplicación del principio de proporcionalidad ver la sentencia del Tribunal constitucional español nº 58/1998 del 16 de marzo de 1998, entre muchas otras.

citado forman el bloque de lo que en conjunto es conocido en ámbito jurídico bajo la denominación genérica de derechos de la personalidad, en los que el eje básico sobre el que se proyectan las consecuencias de su ejercicio es la persona humana como tal, el respeto a su dignidad innata, a su independencia e intimidad, de forma que éste es el bien jurídico objeto de protección mediante su consagración en el texto constitucional y la encomienda de su salvaguardia a la autoridad judicial, que les pone a cubierto de toda pesquisa, indagación o intromisión ilegítima en ellos, tendentes a vulnerar ese ámbito que tales derechos crean en torno a la persona y su intimidad para impedir injerencias arbitrarias en su vida privada, de forma que sólo en defensa de superiores intereses generales de la comunidad ha de sufrir merma temporal mediante la adopción del acuerdo oportuno adoptado por la autoridad facultada para ello por la Ley.”³⁸⁷.

En otro ejemplo y sobre la relación entre la dignidad humana, la asistencia sanitaria obligatoria y la privación de la libertad, el Tribunal Constitucional español ha tenido la oportunidad de pronunciarse y afirmar, en la sentencia nº 120/1990 que “Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger. Por consiguiente, todo lo que dejamos expuesto nos conduce a la conclusión de que, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una

³⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 22/84 de 17 de febrero de 1984. El subrayado nos pertenece.

asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege³⁸⁸

c. Aluden a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales como freno al poder público estatal, y;

d. Consecuentemente refieren a una interpretación restrictiva de los límites a los derechos fundamentales, justificables exclusivamente mediante una razonable ponderación de otros valores constitucionales.

En esta misma inteligencia y en el marco de los ámbitos regionales de los derechos fundamentales, cabe agregar que tales construcciones pretorianas son constantemente fortalecidas por la incorporación de los lineamientos que acerca el Derecho de la Unión Europea, especialmente en lo referido con el reconocimiento de derechos³⁸⁹.

Javier García Roca y Pablo Santolaya concuerdan con ello al expresar que “Otro tanto ocurre con el ya elevado y progresivo número de Tribunales Constitucionales que con frecuencia invocan las decisiones del Tribunal Europeo, primero al sentar las bases de sus propias jurisprudencias, y a la hora de recibir cambios sobrevenidos como v.gr. ha ocurrido con el derecho a la protección frente a ruidos intensos, unas verdaderas pretensiones medioambientales deducidas al amparo de la vida privada y familiar, o con la evolución sufrida con los posibles sujetos del derecho al matrimonio”³⁹⁰.

En otro orden de ideas, Rafael de Asís alude a la orientación que los límites a los derechos deben tener en pos de garantizar el orden público y particularmente la paz social, particularmente en el momento de resolver los conflictos entre derechos³⁹¹. Este criterio – material, como lo califica Antonio Pérez Luño³⁹²– se inspira en la dicotomía clásica que diferencia por su objeto, contenido y formas de ejercicio de los derechos.

En otro sentido, Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui proponen dividir el espectro de los derechos económicos, sociales y culturales entre los derechos del ámbito laboral, por un lado, y los derechos del ámbito económico y social, por el otro. Entre los primeros identifican a la libertad sindical y el derecho de asociación, el derecho de negociación colectiva, el derecho a plantear medidas de conflicto colectivo, el derecho de huelga y el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio.

³⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 120/90 del 27 de junio de 1990. El subrayado nos pertenece.

³⁸⁹ Alonso García, Ricardo; Sistema jurídico de la Unión Europea, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

³⁹⁰ García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.); La Europa de los Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, Pág. 20.

³⁹¹ De Asís, Rafael; “La apertura constitucional: La “dignidad de la persona” y “el libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y de la paz social”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 161.

³⁹² Pérez Luño, Antonio; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

Entre los segundos señalan la propiedad privada, al derecho de fundación, la libertad de empresa -fijando los límites pautados en el artículo 128-, y a los principios rectores de la política económica y social. Aclaran que estos preceptos distan de ser homogéneos, tanto del punto de vista de su contenido, como en atención a su estructura jurídica.

Luego, dentro de los principios rectores de la política económica y social, los autores formulan la siguiente clasificación:

- Normas sobre protección de la familia (artículo 39 de la Constitución española);
- Normas relativas a la protección de los trabajadores (artículos 40 a 42);
- Normas referidas a la protección de los sectores sociales (artículos 39.4, 48, 50, 49);
- Normas relativas a la protección de los ciudadanos como demandantes, consumidores o usuarios de determinados bienes y servicios (artículos 51, 43, 44.1, 47);
- Normas relativas a la protección de determinados bienes materiales (artículos 45 y 46);
- Normas que enuncian fines generales de la acción estatal (artículos 40.1, 44.2)³⁹³.

Gregorio Peces Barba Martínez prefiere utilizar otra clasificación, no sin antes aclarar –en su opinión- que la totalidad de los derechos incluidos de su triple clasificación poseen plena eficacia. Ello con basamento en el principio de solidaridad, como fundamento del sistema de derechos³⁹⁴. Para el autor, es entonces el nivel de garantías aquel que lleva a configurar el sistema de fuentes de los derechos fundamentales en España, recurriendo al concepto “niveles de resistencia de los derechos fundamentales” para su clasificación. Encuentra así, y conforme a un “nivel de resistencia” descendente:

- Los derechos y libertades contenidos en el Capítulo II, sección primera, caracterizados por el artículo 53 inciso 1 y complementado por el artículo 81 inciso 1 de la Constitución española;
- Los derechos de la Sección 2ª del Capítulo II de la misma norma suprema;
- Los derechos establecidos en el Capítulo III, en virtud de lo dispuesto por el artículo 53 inciso 3 del texto.

Se han expuesto así algunas de las tantas posturas clasificatorias sobre el espectro de derechos, sin perjuicio de tratamiento marginal que el texto realiza en otras áreas, particularmente sobre los derechos económicos, sociales y culturales³⁹⁵.

Recurrimos seguidamente al modelo esquemático que propusimos como hipótesis clasificatoria, a los fines de abordar, analizar –y posteriormente comparar- los derechos económicos nominales que surgen del texto supremo español de 1978.

³⁹³ López Guerra, Luis y otros; Derecho constitucional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, volumen I, Págs. 440 y ss.

³⁹⁴ Peces Barba Martínez, Gregorio; Lecciones de derechos fundamentales, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, tomo II, Págs. 494 y 176, respectivamente.

³⁹⁵ Alzaga Villaamil, Oscar; Guitiérrez Gutiérrez, Ignacio y Zapata Jorge; Derecho político español según la Constitución de 1978, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, tomo II, Pág. 40.

B) Primera especie: Derecho a la propiedad privada y libertad de empresa en la Constitución socioeconómica española.

En oportunidad de plantear la propuesta de clasificación comparativa de los derechos económicos, sociales y culturales del presente trabajo de tesis afirmamos que el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa –ambos con sus variantes dogmáticas particulares– constituyen la esencia del Estado constitucional liberal, basado en el sistema económico de mercado, aún con sus modulaciones sociales. A su vez, ambos integran además el espectro de derechos contenidos en la Constitución socioeconómica.

El sistema de asignación de recursos mediante el libre intercambio de bienes y servicios del modelo socioeconómico español presupone entonces el reconocimiento de los derechos que seguidamente desarrollamos.

1) Derecho de propiedad privada en la Constitución socioeconómica española.

La Constitución española de 1978 reconoce el derecho de propiedad privada en el mismo artículo que lo hace respecto el derecho de herencia.

El texto español establece en su artículo 33 que:

- “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
- 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
- 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.”*

a) Desarrollo histórico.

Los textos constitucionales anteriores al del año 1978 acuñaron diferentes perfiles en relación a la declaración del derecho de propiedad privada.

Un primer modelo presenta antecedentes en el reconocimiento de aquél derecho –de manera expresa o implícita– en las constituciones de 1812 (artículos 4 y 172 inciso 10), 1837, 1845 y 1876 (artículo 10), 1869 (artículo 14). Estos paradigmas se apoyaban en la centralidad de la normativa infraconstitucional *iusprivatista* (especialmente el Código Civil y el concepto de

dominio privado), muchas veces preexistente al texto supremo, tal como lo aclara Francisco Tomás y Valiente³⁹⁶.

Un segundo modelo se puede observar en la Constitución de 1931 (artículo 44), por un lado ampliando la base justificatoria del instituto de la expropiación, y por el otro funcionalizando la propiedad privada en base a las necesidades sociales y la planificación económica³⁹⁷.

Se ha dicho que la concepción constitucional de la propiedad privada que surge del texto de 1978 supone una síntesis entre el modelo liberal-individualista de la propiedad y el modelo de propiedad colectivizada o socializada. Propone un punto superador concerniente a un equilibrio dinámico entre ambos intereses ligándolo a la libertad y a la democracia³⁹⁸.

b) Naturaleza jurídica. Sus consecuencias.

En la doctrina constitucional española, las posturas sobre la naturaleza jurídica del derecho de propiedad privada son variadas. Algunas definiciones lo consagran como un derecho fundamental y otras como un derecho “atenuado” o “debilitado”. Veamos.

Fernando Rey Martínez afirma que la propiedad privada es un derecho fundamental estrechamente emparentado con la dignidad de la persona humana en cuanto fundamento del orden político, imprescindible en un Estado democrático de derecho. Se encuentra dotado de tutela judicial cuyo contenido es indisponible para todos los poderes constituidos. Su objeto son todas las posiciones jurídicas de carácter patrimonial conformadas legalmente por la Constitución³⁹⁹.

En su misma línea de pensamiento, la propiedad es un derecho fundamental desde el punto de vista de su contenido⁴⁰⁰, si recurrimos a la cultura jurídica española y, ya desde hace décadas,

³⁹⁶ Tomás y Valiente, Francisco; Manual de historia del derecho español, Editorial Tecnos, Madrid, 1981, Págs. 467 y ss.

³⁹⁷ Carasa Soto, Pedro y otros; Historia de España. Alfonso XIII y la Segura República (1898-1936), Editorial Gredos, Madrid, 1991, tomo 12, Pág. 481 y ss. Ver también: Tamames Gómez, Ramón y Artola Gallego, Miguel (directores), Historia de España, Editorial Alianza, Madrid, 1986, tomo 7, Págs. 65 y ss.

³⁹⁸ Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Pág. 8.

³⁹⁹ Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Págs. 121 a 140, 146 a 187 y 256, respectivamente.

⁴⁰⁰ En contra y desde su teoría general de los derechos fundamentales, Ferrajoli, Luigi “Derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi; Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001, Pág. 29 y ss. El autor formula cuatro diferencias entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, en especial se destaca la que afirma que “Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales –de la propiedad privada a los derechos de crédito– son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables”.

también a la cultura europea (en la cual se inserta)⁴⁰¹. La dimensión externa del derecho hace un aporte de vital importancia para justificar la “fundamentalidad” del derecho bajo análisis.

También lo es -para el autor- desde el punto de vista formal, sin perjuicio de la diferencia cuantitativa que surge a partir de la interpretación de los artículos 53.2, 81.1 y 168 de la Constitución española, en referencia a la tutela judicial y la vinculación efectiva del legislador y respeto al contenido esencial, que sí goza el derecho de propiedad⁴⁰².

Luciano Parejo Alfonso parece arribar a un criterio similar. Explica que “la Constitución de 1978, sin perjuicio de la configuración específica en cada caso del reconocimiento de los diferentes derechos fundamentales, ha venido a sujetar ese reconocimiento (ahora el de todos dichos derechos) a un mismo y único régimen residual, compuesto de reserva de Ley y limitación de esta última por el contenido esencial. Consecuentemente, ese régimen general y residual, aplicable en todo caso, rige para todos los derechos”⁴⁰³, entre los cuales se encontraría el derecho de propiedad privada.

Antonio Pérez Luño se enrola en el mismo temperamento y lo expone sintéticamente. “...pese a lo que pueden sugerir la rotulación de sus capítulos y secciones, el criterio clasificatorio de la Constitución no es material sino formal”. Agrega que “Ello no excluye el que existan relaciones de proximidad de objeto y contenido en la sucesiva agrupación de los derechos y libertades, pero el criterio decisivo para su inserción en los distintos sectores del

⁴⁰¹ Cruz Villalón, Pedro; La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa., Editorial Trotta, Madrid, 2004, Pág. 119 y ss. Por ejemplo y en referencia al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa del año 2004 (finalmente reemplazado por el Tratado de Lisboa del año 2006), el autor afirmaba que “La solemne proclamación de la Carta el 7 de diciembre de 2000 en el curso del Consejo Europeo de Niza como documento privado inicialmente de cualquier revestimiento jurídico había dejado pendiente la cuestión relativa a la eficacia jurídica de la misma... Las Comunidades y la Unión, ciertamente, no tenían una propia tabla o declaración de derecho y libertades. Pero tenían en 1999 y tienen un ‘sistema’ de derechos fundamentales y libertades públicas plenamente operativo... Baste decir que a fines del siglo pasado la Unión había alcanzado un estándar de protección de los derechos y libertades plenamente comparable con el de sus Estados miembros”. La Carta Europea de Derechos Fundamentales prevé en su artículo 17 la tutela del derecho a la propiedad privada por cuanto “1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en los casos y condiciones previstos por la ley y a cambio de una justa indemnización. El uso de los bienes podrá regularse en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protegerá la propiedad intelectual”.

⁴⁰² Esto con apoyo en la postura de Robert Alexy, quien asevera que los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles, pero a su vez “su restricción y restringibilidad son restringidas”. Alexy, Robert; Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, Pág. 286 a 290. Comparativamente y en el caso alemán, el artículo 19 inciso 2 de la Ley Fundamental de Bonn establece que “Restricción de los derechos fundamentales. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.”

⁴⁰³ Parejo Alfonso, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 1, nº 3, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 1981, Pág. 180.

Título I viene dado por sus instrumentos de tutela”. De ahí que para el autor el artículo 53 de la Constitución española sea la clave explicativa del sistema clasificatorio constitucional⁴⁰⁴.

Sobre esto último, Martín Bassols Coma entiende que una menor protección (del derecho de propiedad privada, en los términos de la “clasificación” que prevé el artículo 53 de la Constitución española) no supone una desvalorización constitucional en su esencia⁴⁰⁵.

Sucede que el hecho de que no pueda interponerse un recurso de amparo para tutelar ese bien jurídico no debe llevar a concluir que los particulares carezcan de acción para reaccionar frente a eventuales cercenamientos al derecho de propiedad. En similar sentido, la diferencia en cuanto a los mecanismos exigidos para una eventual reforma constitucional (artículo 168 de la Constitución española) no obsta al goce de los principios que poseen los derechos fundamentales. Además, la necesidad de una Ley Orgánica para el desarrollo del derecho tampoco constituye un factor preponderante para desconocer la “fundamentalidad” del derecho ya que, como lo apunta Ignacio García Vitoria, siguiendo a Javier García Roca⁴⁰⁶, la Ley Orgánica y la Ley Ordinaria no divergen en los rasgos esenciales de discusión y publicidad que constituyen el núcleo de la forma de Ley⁴⁰⁷.

Pedro Cruz Villalón también afirma que si existen elementos o datos que hagan reconocible a los derechos fundamentales como categoría, éstos son la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador. Explica que “hoy no hay derecho fundamental que se precie de serlo que no sea susceptible de tutela judicial y de limitar el poder legislativo. Tal vendría a ser, pues, el “contenido esencial” de los derechos como categoría”⁴⁰⁸. Así, la propiedad privada debería incluirse sin más en la categoría de los derechos fundamentales.

Otras posiciones, en cambio, sostienen que la propiedad privada no es un derecho fundamental en los términos que lo define y clasifica la Constitución española, o al menos no constituyen un derecho fundamental de carácter “pleno”, aunque sí lo conciben como un derecho subjetivo.

Gaspar Ariño Ortiz afirma –y critica- que no obstante su trascendencia socioeconómica, el derecho de propiedad aparece en la Constitución española como un derecho fundamental “debilitado” no susceptible de amparo constitucional⁴⁰⁹. Cabe destacar que tal categorización

⁴⁰⁴ Pérez Luño, Antonio; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Pág. 164.

⁴⁰⁵ Bassols Coma, Martín; Constitución y sistema económico, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, Pág. 110.

⁴⁰⁶ García Roca, Javier; “*La decostruzione della legge del parlamento*” en Rolla, Giancarlo ed Ceccherini, Elenonora (ed.); Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna, Giappichelli, Turín 1997, Págs. 127 a 180.

⁴⁰⁷ García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 99.

⁴⁰⁸ Cruz Villalón, Pedro; “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en Revista española de derecho constitucional, año 9, nº 25, enero-abril de 1989, Madrid, Págs. 39 y 40.

⁴⁰⁹ Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de derecho público económico, Editorial Comares, Granada, 2004, Pág. 168.

había sido tomada anteriormente por la jurisprudencia constitucional, como más adelante será analizado.

Oscar de Juan Asenjo, por su parte entiende que “La propiedad privada ya no figura entre los derechos fundamentales propiamente dichos.” Ello marcaría, siempre para el autor, una diferencia con las constituciones liberales, sin perjuicio que “los poderes públicos están obligados a respetar el derecho subjetivo del propietario y protegerlo frente a las agresiones de otros particulares” y que “Sólo por Ley de Cortes podrán limitarse los derechos del propietario”⁴¹⁰.

Manuel García Pelayo, con algún matiz, enseña que “si bien la propiedad privada es un valor o un bien jurídico reconocido por la Constitución, no es menos cierto que no puede afirmarse unilateralmente a costa de otros valores o bienes protegidos por ésta y que, por consiguiente, solo podrá ser interpretada y actualizada en conexión de sentido con otros preceptos constitucionales y con las coyunturas políticas y económicas en que tenga lugar la vigencia de la Constitución”⁴¹¹.

Como es posible observar, la doctrina constitucional española no es unívoca en cuanto a las variantes definitorias de la naturaleza jurídica del derecho de propiedad.

La jurisprudencia ha transitado también diferentes senderos. Dos pronunciamientos tempranos del Tribunal Constitucional español (en casos de expropiación de empresas y ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre reforma agraria) fijaron pautas interpretativas sobre la jerarquía del derecho de propiedad privada y su contenido.

En la primera sentencia apuntada –nº 111/83- el Tribunal Constitucional español ha dicho que “*En el caso que nos ocupa, el derecho de propiedad, incluido en la Sección Segunda del Capítulo 2.º del Título I, aparece regulado en el art. 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo, debilitado; sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad, concretado en el art. 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación. La garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el indicado precepto cuando precisa que la privación de los bienes o derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes*”⁴¹².

⁴¹⁰ De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 170.

⁴¹¹ García Pelayo, Manuel; “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en: Ramírez, Manuel (editor); Estudios sobre la Constitución española de 1978, Editorial Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, Pág. 35.

⁴¹² Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 111/83 de 2 de diciembre de 1983. El subrayado nos pertenece.

Años más tarde, en la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/87 (segunda sentencia antes reseñada) se ha vuelto al debate sobre el núcleo mínimo del derecho de propiedad y su función social al expresar que *“no es ocioso añadir ahora que la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.”*

Seguidamente el mismo cuerpo jurisdiccional ha precisado aún más el contenido del derecho de propiedad privada –y por ende su naturaleza jurídica y tutela judicial- agregando, entre otros aportes, que *“aunque el derecho de propiedad puede ser limitado en virtud de su función social, la limitación debe respetar siempre el contenido esencial del derecho”*... *“En este sentido, y teniendo en cuenta la evolución histórica de nuestro ordenamiento jurídico, puede decirse que el núcleo esencial del derecho de propiedad consiste en la facultad de usar, disfrutar, consumir y disponer de la cosa o derecho sin más limitaciones que aquellas que se impongan mediante Ley o no vayan más allá de lo que en cada momento se considere razonable por la sociedad”*... *“En otras palabras, no se respeta el núcleo esencial de la propiedad no sólo cuando se imponen obligaciones concretas al propietario por encima de lo razonable en las circunstancias históricas del momento, sino también cuando, por admitir por principio la posibilidad de que la Administración imponga tales obligaciones sin definir sus límites, se coloca a los titulares de tal derecho en una injustificada inseguridad jurídica”*⁴¹³.

En forma complementaria a las dos sentencias paradigmáticas apuntadas es posible señalar otras, entre tantas, que de alguna u otra forma reafirman lo expuesto sobre la naturaleza jurídica del derecho de propiedad y su contenido. A modo de ejemplo, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español nº 89/94 afirma que *“corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en*

⁴¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/87 de 23 de marzo de 1987. El subrayado nos pertenece.

el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho''⁴¹⁴.

De esta manera, **la propiedad entendida como construcción jurídica es una relación entre sujetos (vertical y horizontal) en relación al uso y disposición de las cosas materiales o inmateriales. Tal relación jurídica establece un respeto a los bienes adquiridos conforme a derecho y se encuentra protegida por el sistema de garantías judiciales.**

Sin bien suele afirmarse que la propiedad y su problemática social se encuentra más cercana al Estado que a las organizaciones suprarregionales o internacionales⁴¹⁵, desde el ámbito europeo de protección de los derechos humanos también se ha recogido la protección de aquel derecho.

Mar Aguilera Vaqués estima -a partir de un minucioso análisis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (suscripto en Roma 4 de noviembre de 1950)- que el sistema de derechos europeo recoge una protección de la propiedad interpretada de forma amplia e incluyente de distintos tipos de propiedad⁴¹⁶.

Así y por todo lo expuesto, en todas las acepciones, **el derecho de propiedad en España se encuentra dotado de plena tutela judicial.** Sin embargo y en los términos del artículo 53 inciso 2 de la Constitución española, esta tutela no se encuentra reforzada en base al procedimiento preferente y sumario (proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales⁴¹⁷). Es decir, resuelven conflictos entre áreas de intereses particulares y áreas de intereses públicos⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 89/94 de 19 de marzo de 1994.

⁴¹⁵ Jiménez Horwitz, Margarita; "La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex-rey de Grecia y otros c./ Grecia)", en Revista Derecho Privado y Constitución, nº 15, enero-diciembre de 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, Pág. 241.

⁴¹⁶ Ampliar en: Aguilera Vaqués, Mar; "El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación (art. 1 P1)", en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.); La Europa de los Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, Pág. 797. Ampliar en los casos "Marckx vs. Bélgica" (13 de junio de 1979); "Sporrong y Lönnrot vs. Suecia" (23 de septiembre de 1982); "Mellacher y otros vs. Austria" (19 de diciembre de 1989); "ex rey de Grecia vs. Grecia" (23 de noviembre de 2000), "Jahn y otros vs. Alemania" (22 de enero de 2004), entre tantos otros. También, Bouazza Ariño, Omar; "Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos", en Revista de administración pública, nº 168, septiembre-diciembre de 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Págs. 279 y ss. Sobre pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea "Hauer vs. Land Rheinland-Pfalz" (13 de diciembre de 1979), ver: Mosquera Monelos, Susana; "El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea", en Konrad Adenauer Stiftung; Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Editorial Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, Tomo II, Pág. 1240 y 1241.

⁴¹⁷ Fernández Segado, Francisco; La jurisdicción constitucional en España, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág. 82.

⁴¹⁸ Fernández Segado, Francisco; El sistema constitucional español, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, Pág. 482 y 483.

Como lo señalamos anteriormente, cierta jurisprudencia constitucional ha calificado el derecho a la propiedad privada como un “derecho subjetivo debilitado” a partir del influjo que recibe desde dos factores: su función social y la expropiación a causa de utilidad pública. Sobre eso, Fernando Rey Martínez critica tal utilización de ese término -a la luz del derecho de propiedad-, rastreado del derecho italiano a partir de las teorías de los *diritti affievoliti* o *diritto condizionato*⁴¹⁹.

Por otro lado, y **como derecho fundamental, aquél reconocimiento vincula a los poderes públicos, tiene eficacia inmediata (complementariamente con lo dispuesto en el artículo 9 inciso 1 de la Constitución española) y posee reserva de ley observando su contenido esencial.**

La eficacia inmediata del derecho se refleja en la libertad de acceder, conservar, utilizar y disponer (contenido) de los bienes jurídicos, que son objeto de este derecho.

c) Sujetos, objeto y contenido (esencial) del derecho.

En el caso español, los **sujetos titulares del derecho** de propiedad pueden ser personas físicas y jurídicas, nacionales españoles o extranjeros, esto último en los términos de lo dispuesto por el artículo 13 inciso 1 de su Constitución, que dispone “*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”. Contrariamente, el Estado como sujeto de derecho público no puede ser titular de derechos fundamentales, sino que lo es de atribuciones o competencias, o en lo que nos convoca de bienes de dominio público que constituyen relaciones jurídicas diferentes al concepto de derecho de propiedad. Sin embargo, se debe reconocer que este principio encuentra algunas excepciones⁴²⁰, como por ejemplo la recogida en la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 64/1988⁴²¹.

Como regla general, los derechos fundamentales representan los ámbitos de libertad y en tal inteligencia esta libertad -en este caso económica- únicamente puede estar en cabeza de personas físicas o jurídicas particulares.

⁴¹⁹ Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Pág. 205. Ver también, Alessi, Renato; Instituciones de derecho administrativo, Editorial Bosch, Barcelona, 1970, 2 tomos.

⁴²⁰ Es posible identificar ciertas excepciones a la atribución de derechos a personas jurídicas públicas que tienen por objeto garantizar derechos concretos a los particulares. Sobre una exposición de la jurisprudencia constitucional: Díaz Lema, José; “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas-públicas?”, en Revista de administración pública, nº 120, septiembre-diciembre de 1989, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Págs. 79 y ss.

⁴²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 64/1988 de 12 de abril de 1988.

Los **sujetos pasivos** u obligados directo como consecuencia del ejercicio del derecho subjetivo de la propiedad privada de encuentra el Estado (relaciones verticales) y el resto de las personas físicas y/o jurídicas (relaciones horizontales).

El **objeto del derecho** refiere a la diversidad de bienes jurídicos patrimoniales (materiales o inmateriales) susceptibles de apropiación (atribuibles a un titular) en cuanto su licitud⁴²².

En este orden de ideas, más apropiado resulta entonces referir a “propiedades diferenciadas”. Es decir, se estará frente a un “estatuto dominial” particular –dependiendo el tipo de bien jurídico patrimonial-, determinado por su función en un tiempo y lugar determinado.

La fijación del estatuto dominial adquiere tal importancia que desde alguna posición se ha afirmado que la propiedad constitucional no tiene existencia propia independiente de la regulación legal de la propiedad⁴²³.

En esta inteligencia y desde la literatura constitucional española se han formulado tipologías ejemplificadoras sobre objetos del derecho de propiedad, entre las que es posible enumerar:

- a. Cosas muebles (consumibles o no consumibles⁴²⁴), conforme a la reglamentación legal;
- b. Inmuebles (suelo o propiedad territorial), también conforme al estatuto de la propiedad del suelo desarrollada por el legislador. En palabras de Javier Barnes Vázquez, como regla general puede decirse que la Constitución española no ha hecho suyas las definiciones legales que -de los conceptos por ella utilizados- dan las normas vigentes en el momento de su redacción y, por consiguiente, el poder legislativo goza de un amplio margen para la definición de los preceptos constitucionales, lo que permite introducir innovaciones relevantes con respecto a la legislación de la que proceden. El autor plantea algunos dilemas que presentaría un eventual desdoblamiento de la propiedad, por un lado, y su uso y aprovechamiento, por el otro, por cuanto podría admitirse que el contenido esencial no necesariamente comprende por ejemplo el *ius aedificandi* (derecho de edificar y apropiarse de lo edificado) o la facultad de cultivar⁴²⁵.

⁴²² Sobre esto, nótese que el legislador posee la facultad constitucional de ampliar o acotar razonablemente –y justificado en otro valores fundamentales- el espectro de bienes jurídicos patrimoniales susceptibles de apropiación y/o intercambio.

⁴²³ Rodríguez de Santiago, José María; “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en Revista de administración pública, nº 177, septiembre-diciembre de 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Pág. 159.

⁴²⁴ El debate sobre si el artículo 33 de la Constitución española reconoce y garantiza la propiedad de bienes de capital/producción y de consumo o “solamente” los bienes de consumo se encuentra recogido en De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 172.

⁴²⁵ Sobre la propiedad inmueble-agraria, ver la sentencia del Tribunal constitucional español 37/87 antes mencionada. Asimismo ver: Barnes Vázquez, Javier; “La propiedad agraria: A propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza”, en Revista de Administración pública, nº 119, mayo-agosto de 1989, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 269. Sobre las eficiencias agraria y económica alcanzada a partir de la norma andaluza ver, entre otros: Amador,

Sobre la relación suelo (o propiedad inmueble) y urbanismo (o planeamiento urbanístico) el Tribunal Constitucional español ha dicho recientemente que el contenido y disfrute de la propiedad urbana depende de las diversas opciones de política urbanística que se adopten en cada ciudad. A modo de ejemplo es posible señalar la clasificación del suelo, asignación de usos y sus magnitudes, localización de las dotaciones públicas, entre otras. Ello por cuanto “*el contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, o los presupuestos -o delimitación negativa- para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana son elementos, entre otros, que, en principio, pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el art. 149.1.1 CE; por medio de esas “condiciones básicas” el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales*”⁴²⁶.

c. Diseños, inventos y descubrimientos intelectuales e industriales, a su vez, con la especificación dispuesta por el artículo 20, inciso 1 de la Constitución española (aspectos no patrimoniales) que expresa que “*Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*”⁴²⁷.

La garantía de protección del valor jurídico del artículo 33 de la Constitución española se integra sólo desde el punto de vista económico-patrimonial.

La invención o el descubrimiento susceptible de patentamiento y registración adquieren una posición jurídica iusfundamental –incluso antes de la concesión de la patente- que goza de la protección constitucional de la propiedad. Sin embargo se ha afirmado que no se exige constitucionalmente el aseguramiento al autor, inventor o descubridor de toda posibilidad de aprovechamiento posible sino que se trata “del deber del legislador de fijar en la configuración del contenido del derecho de autor medidas que garanticen un aprovechamiento adecuado y conforme a la naturaleza del objeto y a la función social del derecho”⁴²⁸.

Francisco y otros; “Evaluación del proyecto de reforma agraria en Andalucía”, en Revista de estudios agro-sociales, nº 162, octubre-diciembre de 1992, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, Págs. 105 y ss.; Sáenz Lorite, Manuel y Ferrer Rodríguez, Amparo; “¿Una reforma agraria para Andalucía?”, en: Universidad Complutense; Anales de geografía de la Universidad Complutense, nº 7, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1987, Pág. 335 y Romero López, Carlos; “La reforma agraria en Andalucía y la eficiencia económica: Algunas reflexiones”, en Revista de estudios agro-sociales, nº 141, enero-marzo de 1988, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, Págs. 226 y ss.

⁴²⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional español nros. 164/01 de 11 de julio de 2001 y 61/97 de 20 de marzo de 1997

⁴²⁷ Plaza Penades, Javier; El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

⁴²⁸ Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Pág. 270. Ver también: Fernández Rodríguez, Carmen; “El interés público y privado en la protección de los derechos de propiedad intelectual (A propósito de las nuevas posibilidades de regulación de las descargas en red de obras creativas)”, en Revista de administración pública, nº 183, septiembre-diciembre de 2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Págs. 335 y ss.

d. Empresas, es decir la titularidad de un sujeto de determinada porción social de una empresa conforme a la configuración de los tipos societarios que el legislador disponga. Sobre esto se debe atender al particular precepto establecido en el artículo 129 inciso 2 que dispone *“Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”*⁴²⁹, el cual más adelante será estudiado;

e. Dinero, que posee la estabilidad dominical, aunque se coincide que ello no implica un derecho a la estabilidad de la moneda, sin perjuicio que el artículo 40 inciso 1 del texto español dispone que *“Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”*⁴³⁰ (el subrayado nos pertenece).

e) Demás derechos subjetivos de propiedad patrimonial o posiciones jurídicas patrimoniales dispuestas por el constituyente o por el legislador;

En cuanto al **contenido del derecho** o, en palabras de la jurisprudencia constitucional española, el *“haz de facultades individuales sobre las cosas”*⁴³¹, el derecho de propiedad, de manera complementaria e inescindible posee los siguientes elementos:

- un contenido esencial (artículo 53, inciso 1 de la Constitución española);
- el legislador puede regular su contenido (artículos 53, inciso 1 y 33 inciso 2).
- es una función social (artículo 33 inciso 2).
- encuentra en la expropiación forzosa, una reserva de ley (artículo 33 inciso 3).

Ahora bien, ¿cuál es el contenido esencial de derecho de propiedad privada?

Primeramente, es importante recordar la definición del “contenido esencial” de un derecho fundamental.

Desde sus primeros pronunciamientos el Tribunal Constitucional español ha dado una definición. Específicamente ha dicho que el contenido esencial es *“aquella parte del contenido que un derecho sin el cual pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho correspondiente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses”*⁴³².

⁴²⁹ Uriarte Torrealday, Roberto; El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada, 2005.

⁴³⁰ Ver y ampliar el apoyo que surge de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 21 de enero de 1969.

⁴³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/87, de 23 de marzo de 1987

⁴³² Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/81 de 8 de Abril de 1981.

A partir del comentario de esa sentencia, Luciano Parejo Alfonso asevera que la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece un aspecto negativo -de prohibición o limitación al legislador ordinario- y uno positivo -de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos-. Agrega que ambos aspectos se “reconducen a la fijación en el máximo nivel normativo de un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de la decisión constituyente entendida como un todo”⁴³³.

Luego, el asunto jurisprudencial constitucional establece dos formas de aproximación al “contenido esencial” del derecho, caminos ambos que no son alternativos ni antitéticos sino complementarios:

a. Por un lado, acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Así, *“Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”* Esto debido a que muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto, con resulta en el caso de la propiedad privada regulada en la legislación civil.

De esta manera, *“Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”*.

b. El segundo camino posible para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Para este temperamento, se puede entonces hablar de una “esencialidad del contenido del derecho” para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. El fallo judicial constitucional finalmente agrega que *“...se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”*⁴³⁴.

⁴³³ Parejo Alfonso, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 8 de abril de 1981”, en *Revista española de derecho constitucional*, vol. 1, nº 3, septiembre-diciembre de 1981, Pág. 171.

⁴³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/81 de 8 de Abril de 1981.

La aplicación del contenido esencial del derecho en el caso de la propiedad privada ¿es posible adecuarlo al temperamento adoptado por la jurisdicción constitucional española? Veamos.

Si se parte de afirmar que el pluralismo de los objetos dominicales se apoya en el desarrollo legislativo (estableciendo los bienes susceptibles de apropiación, formas de adquisición y transmisión, eventual registración de titularidad, entre otros), pero a su vez la Constitución española como norma suprema establece el reconocimiento de la garantía de la propiedad y de la función social, entonces se evidencia la adecuación a la teoría del doble carácter del derecho de propiedad.

Este “doble carácter” ha sido recogido por la jurisprudencia constitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional español n° 25/81.

Afirma que, en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino que además garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Al mismo tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, ya que ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho.

En el segundo aspecto, es decir en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento. Concretamente *“Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.”*⁴³⁵.

Así, en la Constitución española, el artículo 33 garantiza la propiedad privada como un derecho subjetivo fundamental y también como un instituto jurídico.

En cuanto a su contenido esencial, la dimensión subjetiva del derecho de propiedad la compone la libertad de apropiación, disfrute, aprovechamiento, conservación y disposición de los bienes.

La dimensión objetiva es la exigencia de un espectro o conjunto más o menos amplio de bienes susceptibles de apropiación, que es dispuesta por el legislador (por ejemplo, artículo 149, inciso 1, apartado 8) con límites mínimos y máximos⁴³⁶.

Javier Barnes Vázquez prefiere resumirlo de la siguiente forma. El contenido esencial comprende dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica, por un lado, que trae su origen de la explotación de los bienes, alcanzada de tal modo que haga accesible a todos el

⁴³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 25/81 de 14 de julio de 1981.

⁴³⁶ Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Pág. 324.

disfrute y participación en los bienes económicos (aprovechamiento del titular que permita la difusión de los bienes y sus utilidades, rentabilidad económica y rendimiento social) y el fin individual y utilidad social por el otro, es decir, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva⁴³⁷.

Luis Díez-Picazo y Ponce de León por su parte, agrega que el contenido esencial de la propiedad lo es, como institución “sin perjuicio de que pueda, respecto de categorías singulares de bienes legítimamente configuradas, experimentar alguna modificación”⁴³⁸.

Los límites mínimos y máximos del espectro del objeto de la propiedad privada lo fijan las políticas públicas aplicadas mediante la razonable legislación –generalmente administrativas o del derecho administrativo y punitivas o del derecho penal-, en cada momento histórico que restringe o amplía la libertad de apropiación de determinados bienes, justificada en valores igualmente constitucionales.

Así, primeramente se encuentran restricciones legales para la apropiación o disposición de determinadas cosas, prohibidas por la ley en razón de la protección de otros valores constitucionales (prohibición de apropiación de cosas nocivas para la vida o la salud, de bienes que conforman el patrimonio cultural o natural, entre otras).

Pero en el caso español, el constituyente ha establecido límites a objetos apropiables. El artículo 132 de la Constitución española dispone que *“1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.*

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.”

De esta manera, **el constituyente español ha fijado pautas –delegadas a la legislación- de establecimiento de dominio público por el cual excluyó a determinados bienes del tráfico jurídico privado**⁴³⁹. Pero tales pautas no pueden ser ejercidas de manera desproporcionada restringiendo de manera injustificada la libertad de acceder al derecho de propiedad privada.

⁴³⁷ Barnes Vázquez, Javier; “La propiedad agraria: A propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza”, en Revista de Administración pública, n° 119, mayo-agosto de 1989, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 285.

⁴³⁸ Díez-Picazo, Luis; “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la constitución”, en Martín Retortillo, Sebastián (coordinador); Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Cívitas, Madrid, 1991, tomo II, Pág. 1263.

⁴³⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional español n° 227/1988 de 29 de noviembre de 1988 establece que *“La Constitución ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinariamente se han definido como perteneciente al dominio “natural” formen parte del dominio público del Estado. Sin embargo, con un criterio flexible, no ha pretendido agotar la lista o enumeración de los géneros de bienes que, asimismo, en virtud de sus características naturales, pueden integrarse en el dominio estatal*

d) La función social de la propiedad como parte del contenido esencial. El derecho y su accesibilidad.

El derecho de propiedad privada, además de proporcionar una utilidad al sujeto activo, es una función social. A su vez ésta conforma un mandato e imperativo delimitable por el legislador de acuerdo con la específica función que cumpla el objeto o bien jurídico patrimonial a regular. Ello conforme a lo establecido en los artículos 1 inciso 1 y 33 inciso 2 del texto supremo español.

El desarrollo legislativo del derecho de propiedad sobre los distintos bienes en los que puede consistir su objeto se debe apoyar en dos axiomas: la utilidad privada y la función social. Por ende debe ponderar proporcionadamente ambos principios, sin anular ninguno de ellos.

De esta manera, el derecho de propiedad privada se encuentra sujeto a la función social, conjugando la utilidad individual con la utilidad social.

Tal aseveración –recogida en el texto supremo español– quiebra, en palabras de Stefano Rodotà, el concepto tradicional de la propiedad y obliga a la reelaboración –tarea nada sencilla– del concepto⁴⁴⁰. El carácter excesivamente individualista del concepto de propiedad se ha transformado hacia la idea de una propiedad “conformada” por la función social, o una “nueva propiedad”.

Pietro Barcellona lo expone de una manera gráfica: “Paradójicamente, en la época que parece conseguirse el máximo reconocimiento de la libertad y los derechos humanos, el individuo que debería ser su titular parece reducirse a un residuo extremo a la trama de las calificaciones y determinaciones positivas, a algo “descartado” del sistema de los modelos y los roles”⁴⁴¹.

Ángel López y López opina que el factor limitador de la función social de la propiedad opera de forma diferente según la naturaleza de los bienes que se trate⁴⁴². Justamente ella ha sido uno de los criterios adoptados por la jurisprudencia constitucional en la materia.

Es de recordar que el Tribunal Constitución español mediante la sentencia nº 37/1987 ha sopesado la “*recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de*

(“en todo caso”, reza el art. 132.2) pero si ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración”.

⁴⁴⁰ Rodotà, Stefano; El terrible derecho: Estudios sobre la propiedad privada, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, Págs. 188 y ss.

⁴⁴¹ Barcellona, Pietro; El individualismo propietario, Editorial Trotta, Madrid, 1996, Pág. 90.

⁴⁴² López y López, Ángel; La disciplina constitucional de la propiedad privada, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, Pág. 64.

*que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable*⁴⁴³.

En esta inteligencia Javier Pérez Royo expresa que la función social de la propiedad no ha sido entendida por el constituyente como un mero límite externo para la definición del derecho de propiedad o para su ejercicio, sino como una parte integrante del mismo. El autor afirma que “utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes”. También expone que “no es posible prescindir de la transformación tan profunda que ha experimentado el derecho de propiedad en su doble dimensión en nuestro siglo, lo que lo aleja considerablemente del tipo abstracto descrito en el art. 348 CC, para integrarlo a través de la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes, lo que a su vez conduce a que existan en nuestros días diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, entre los que destaca, por la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos, la propiedad inmobiliaria, dado su carácter no renovable o naturalmente limitado”⁴⁴⁴.

El legislador entonces es el encargado de “modular” la función social de la propiedad en base a preceptos de índole constitucional. Un ejemplo de ello lo configura el acceso a una vivienda digna. Veamos un ejemplo que ha tenido pronunciamiento jurisdiccional constitucional en relación a la prórroga forzosa (para el arrendador) de los contratos de locación urbanos, en el cual ha ponderado el derecho de aprovechamiento de la propiedad inmueble (mediante un contrato de alquiler) (artículo 33 inciso 1 de la Constitución española) y el acceso a una vivienda digna (artículo 47 de la Constitución española, conjugado con la intimidad personal en el domicilio tutelado en el artículo 18 de la misma norma).

Allí el Tribunal Constitucional español ha expuesto que “*no puede considerarse una supresión del derecho (de la propiedad privada) sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución*”⁴⁴⁵.

En una primera conclusión afirmamos que **la propiedad “es” una función social ya que ambos conceptos se fusionan. Y en esa inteligencia, la generalidad de la cláusula “función social de la propiedad” impone al legislador optar por el criterio más conveniente en cada uno de los estatutos dominicales, los que a su vez permitan, por un lado promover el interés individual propio de todo derecho, y al mismo tiempo la satisfacción de otros intereses por parte del resto de la sociedad** (resultando esencial atenerse a los principios de

⁴⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1988 de 26 de marzo de 1988.

⁴⁴⁴ Pérez Royo, Javier; “Crónica jurídica de la reforma agraria andaluza”, Revista jurídica de Navarra, nº 5, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1988, Pág. 29.

⁴⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 89/94 de 17 de marzo de 1994.

ponderación y proporcionalidad⁴⁴⁶), **observando siempre los principios de reserva de ley y no confiscación.**

Es de recordar que el derecho de propiedad guarda relación con la dignidad de la persona humana, en cuanto a su vinculación con la libertad, la democracia y la procura existencial en el marco de su accesibilidad⁴⁴⁷.

Bajo este temperamento el Tribunal Constitucional español ha dicho que *“la referencia a la “función social” como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”*⁴⁴⁸.

En la sentencia constitucional comentada el órgano seguidamente agrega, entre otras secciones de sumo interés, *“Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende,*

⁴⁴⁶ Alexy, Robert; Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990 y Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2004.

⁴⁴⁷ Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Págs 146 a 163 y 370 respectivamente.

⁴⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/87 del 23 de marzo de 1987 anteriormente citada. El subrayado nos pertenece.

debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito. Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula. En este orden de cosas, hay que recordar: que el art. 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, “en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad», al interés general; que el art. 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa”, así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el art. 45 ordena a los poderes públicos para que velen “por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”; que, finalmente, el art. 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la “modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería...”. Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes”⁴⁴⁹.

Algún grupo de autores prefiere calificar la relación derecho de propiedad en su función social como un derecho cuya articulación afecta a la propia estructura social⁴⁵⁰.

José Luis de los Mozos -desde el derecho civil- destaca que el derecho de propiedad ha podido adaptarse a diversas situaciones nuevas, de la misma manera que lo ha hecho el concepto de “función social”. Entiende que aquel requiere siempre una adaptación a la compleja realidad que lo rodea⁴⁵¹. Aniza García Morales aporta que el derecho de propiedad desempeña una doble función. Por un lado, sirve como base a otros derechos que garanticen un *standard* de vida

⁴⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/87 del 23 de marzo de 1987 anteriormente citada. El subrayado nos pertenece.

⁴⁵⁰ Alzaga Villaamil, Oscar; Guitiérrez Gutiérrez, Ignacio y Zapata Jorge; Derecho político español según la Constitución de 1978, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, Tomo II, Pág. 164.

⁴⁵¹ De los Mozos, José Luis; “Retorno a la “galaxia” de la función social de la propiedad”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, tomo I, Pág. 931.

adecuado. Por otro es también base de la independencia y de la libertad⁴⁵², así también como de la igualdad (en el acceso a la propiedad o derecho a no ser excluido en el acceso a la propiedad).

Esto último se integra con el **derecho de acceso a la propiedad –cláusula de accesibilidad dominical (o derecho a participar en los frutos del proceso económico, o a secas derecho “a la” propiedad privada)-**, incardinado íntimamente con el principio de igualdad en su acceso en el marco de un Estado social de derecho constitucional⁴⁵³. Ampliamos.

El derecho a la accesibilidad a la propiedad privada –o bien, a secas y *mutatis mutandi*, el derecho “a la” propiedad aún no adquirida, conforma un valor para la efectiva igualdad económica o como lo dispone el artículo 131 inciso 1 de la Constitución española que prevé “*Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles*”. Ello está complementado a su vez con las disposiciones del artículo 40 inciso 1 de la Constitución española (distribución equitativa de la renta personal) y el principio de solidaridad comprendido en el artículo 2 del mismo ordenamiento.

Obviamente este precepto no impone forma alguna de reasignación de bienes, sino que propende a la participación del Estado en la garantía de acceso a un nivel de vida adecuado, en los términos de aprovechamiento de los bienes patrimoniales.

El texto supremo español reconoce constitucionalmente el derecho a la propiedad privada conformada con una función social (la función social “es” propiedad privada) a determinar por ley (reserva de ley) según cada tipo de bien jurídico. Ergo, la obligación del legislador de utilizar el criterio de la función social de la propiedad forma parte del contenido esencial del derecho mediante la ponderación (colisión de principios) de la utilidad privada (individual) y la función social (colectiva).

e) La reserva de ley.

La Constitución española consagra el principio de reserva de ley en relación al derecho de propiedad en tres apartados.

⁴⁵² García Morales, Aniza; La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2003, Pág. 29.

⁴⁵³ En este sentido, ver la “cláusula de accesibilidad dominical”: Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Págs. 164 a 183.

En primer lugar, el artículo 33 inciso 2 establece que la función social –como se ha expuesto, integrante del contenido esencial del derecho- “delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes” (el subrayado es agregado).

En segundo término, el artículo 33 inciso 2 dispone que “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes” (el subrayado es agregado).

Finalmente, el artículo 51 inciso 1 pauta, en relación a los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución española que “...Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...” (el subrayado es agregado). Esta garantía se halla explicitada además en el artículo 86 inciso 1 y en el artículo 81 inciso 1 del texto supremo.

Antonio Pérez Luño define el principio de reserva de ley como la garantía por la que la regulación del estatuto de las libertades es una materia reservada al legislador y sustraída a la injerencia del gobierno⁴⁵⁴.

Francisco Fernández Segado estima que este principio supone atribuir en exclusiva al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, la regulación de las condiciones de ejercicio de cada derecho, que serán más restrictivas o abiertas -de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen- siempre que no traspase la circunstancia de que en cuanto a marco de coincidencias lo suficientemente amplio, caben dentro de la Constitución opciones de diferente signo⁴⁵⁵.

¿Cuáles son los orígenes del principio de reserva de ley?

Su origen histórico resulta trascendente, por cuanto el reclamo social por dicha garantía vio su germen en la tutela de los derechos patrimoniales, y dentro de ella, la propiedad privada.

El principio de reserva de ley –reserva formal de ley en este caso- tal como se lo concibe hoy día ha sido extraído del iuspublicismo alemán, particularmente por el aporte de Otto Mayer luego aplicado al derecho penal (principio de legalidad). El autor alemán expresaba que “La ley da a la justicia el fundamento indispensable de su actividad. No hay sentencia sino sobre la base de una regla de derecho: *nulla poena sine lege*. A la administración, en cambio, no es posible mantenerla en una diferencia tan completa. En consecuencia, sólo para ciertos objetos particularmente importantes se ha hecho de la ley constitucional una condición indispensable de la actividad del Estado. Para todos los otros casos, el Poder Ejecutivo queda libre, obra en virtud

⁴⁵⁴ Pérez Luño, Antonio; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Pág. 70.

⁴⁵⁵ Fernández Segado, Francisco; El sistema constitucional español, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, Pág. 487.

de su fuerza propia y no en virtud de la ley. Nosotros llamamos a esta exclusión de la iniciativa del ejecutivo existente para estos objetos especialmente señalados la reserva de la ley”⁴⁵⁶.

Sin embargo, algún rastreo previo puede ubicarse en la variante del principio de legalidad tributaria –aunque sin las precisiones actuales–, plasmado en el adagio *no taxation without representation*.

Nótese aquí que la esencia de la representación política se encarna en el Parlamento como institución pública, la cual conforme a sus diversas funciones y características han presentado experiencias que responden a diferentes nomenclaturas⁴⁵⁷.

Justamente, desde el plano histórico político, suele identificarse a Inglaterra como el punto de partida del concepto moderno de Parlamento tendiente a obtener un control de la Corona por parte de la burguesía, principalmente en lo referido a la supremacía legislativa, la autoridad sobre la imposición tributaria (nuevamente, la referencia al principio de legalidad) y la posibilidad de controlar el accionar de los ministros del soberano⁴⁵⁸. En esto, si bien la Carta Magna inglesa de 1215 no contiene la consagración expresa del principio representativo, posee el reconocimiento de que los individuos no pueden ser gravados impositivamente con otros tributos que los votados por el Parlamento (reserva de ley tributaria). Siguiendo a Adolfo Posada, la formación expresa y popular del cuerpo como asamblea representativa del Estado nación data de 1265 y 1295. Posteriormente el sistema se fue perfeccionando y consolidando – de ahí el acuñe del principio de legalidad-⁴⁵⁹ como una institución que trascendería los límites territoriales de *Westminster*⁴⁶⁰.

En la jurisprudencia española, la implementación y actualización del principio de reserva de ley se justifica en tanto que las libertades (entre ellas la de propiedad privada) dependan exclusivamente de la voluntad de quienes los representan⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ Mayer, Otto; Derecho administrativo alemán, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951 [1895], tomo 1, Págs. 97 y 98. En la nota nº 12 del pie de página, el autor diferencia el principio de reserva de la ley del principio de preferencia de la ley. A su vez, en la página 100 introduce la noción de la “fuerza especial de la ley”, es decir, de poder obrar en la esfera reservada.

⁴⁵⁷ Asamblea, por ejemplo, deviene del latín *assemble* -que significa juntar- a su vez identificado con la Junta como cuerpo colegiado. Congreso proviene también del latín *congressus* –entrevista o reunión–, derivado de *congrēdi*, que significa congregarse o encontrarse. Por su parte, Parlamento –del francés *parlement* o *parlare*– también implica la concepción de un órgano colegiado, o colegio –del latín *collega*, compañeros o conjunto de asociados, iguales entre sí– que mediante la palabra, el debate y el consenso persigue la toma de decisiones colectivas. Todas remiten a un cuerpo compuesto representativo con capacidad decisoria para elaborar normas de alcance general.

⁴⁵⁸ Sin embargo, aún previo a él es posible apuntar –por ejemplo– el surgimiento del Parlamento nacional de Islandia –*Alþingi*–, que data del año 930, aunque con confusión de atribuciones tanto legislativas como jurisdiccionales. Para una reseña histórica de la institución islandesa, ver: Althingi Administration; Althingi, Hildur Gróa Gunnarsdótti, Reykjavík, 2008.

⁴⁵⁹ En cuanto al principio traducido en derecho –aunque embrionariamente–, la Carta o declaración de derechos (*Bill of Rights*) inglesa de 1689.

⁴⁶⁰ Posada, Adolfo; Tratado de derecho político, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894, tomo 2, Pág. 175.

⁴⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 83/84 de 24 de julio de 1984.

Por otra parte, el legislador encuentra también, “límites de los límites”, o el conjunto de institutos que, en cuanto a requisitos formales (como los anteriormente expuestos) y materiales (en el marco de su razonabilidad ponderada) para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia⁴⁶².

En concreto, **la reserva de ley implica la posibilidad de regular el ejercicio del derecho de propiedad mediante acto legislativo (reserva de ley formal) y además respetando el contenido esencial del mismo (reserva de ley en sentido material).**

En su significado y a la luz del derecho de propiedad privada, la reserva de ley implica: a) la interdicción de la deslegalización (reglamentos y demás normas jurídicas no parlamentarias); b) prohibición de reglamentos independientes (sobre la materia reservada a la ley)⁴⁶³; c) licitud de la remisión normativa a reglamentos; d) posibilidad de delegación legislativa (artículo 82 de la Constitución española); e) regulación de la propiedad mediante Decreto-ley (esto con criterios divididos, particularmente a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 111/83⁴⁶⁴)⁴⁶⁵.

f) Expropiación forzosa a causa de utilidad pública.

La Constitución española concibe el instituto de expropiación forzosa como potestad pública estatal de apropiación de determinado bien, con las características que el texto dispone. La norma suprema delega el procedimiento a la normativa infraconstitucional cuyo análisis pormenorizado excede el objeto del presente trabajo⁴⁶⁶.

En lo referido a la materia constitucional, la expropiación es el mecanismo de reserva que posee el Estado y por *ultima ratio* (el traspaso forzoso de un bien bajo propiedad privada al Estado con su consecuente indemnización, agotadas las instancias alternativas) para alcanzar una finalidad determinada (interés público, plasmado en la norma constitucional).

⁴⁶² Aguiar de Luque, Luis; “Los límites de los derechos fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, enero-abril de 1993, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 25.

⁴⁶³ García de Enterría, Enrique y Fernández Tomás, Ramón; Curso de derecho administrativo, Madrid, Editorial Civitas, Madrid, tomo I, Pág. 248.

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 111/83, de 2 de diciembre de 1983 anteriormente citada

⁴⁶⁵ Ampliar en: Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Págs. 405 a 438.

⁴⁶⁶ Ver por ejemplo, con anterioridad a la sanción de la Constitución española de 1978, Muñoz Machado, Santiago; “Las expropiaciones parciales”, en Revista de administración pública, nº 81, septiembre-diciembre de 1976, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Págs. 183 a 199; Nieto, Alejandro; “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, en Revista de administración pública, nº 38, mayo-agosto de 1962, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Págs. 183 a 199; entre otros.

Como primera apreciación debemos destacar que **el texto supremo español no hace referencia alguna a la temporalidad del pago de la indemnización**, como sí lo hacía la Constitución del año 1812 en su artículo 172 inciso 10 (indemnización contemporánea)⁴⁶⁷. Es decir, el texto español del año 1978 no consigna el “previo pago” como elemento imprescindible para la aplicación del instituto expropiatorio.

Sobre esto, Luis Díez-Picazo y Ponce de León entiende que en el instituto de la expropiación, la indemnización al sujeto expropiado no tiene que necesariamente integrarse con carácter previo a la transferencia de la titularidad del bien al Estado. Sin embargo, opina que ello exige una relación temporalmente directa entre el momento expropiatorio y el indemnizatorio, debido a que una eventual demora haría incumplir las funciones constitucionales⁴⁶⁸.

Contrariamente a esa opinión, Enrique García de Enterría enseña que atento a que la eficacia es una regla común a la Administración (en virtud del artículo 103.1 de la Constitución española), “romper la regla del previo pago para facilitar la ocupación inmediata podría estar, eventualmente, justificado en casos verdaderamente excepcionales; los italianos, con su finura dogmática, hablan en estos casos de “requisa de uso inmediato”, que, como tal requisa, está sujeta a un plazo de caducidad si no se transformase inmediatamente en una expropiación regular, pero que no puede convertirse en una verdadera alternativa a ésta”⁴⁶⁹.

Por su parte, Martín Bassols Coma entiende que la indemnización debe ser previa, aunque el texto constitucional así no lo exprese. Se apoya en posiciones que afirman que de lo contrario (una eventual indemnización posterior), se estaría ante un “crédito forzoso” sin cobertura constitucional⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ En otros ejemplos del ordenamiento español, el artículo 14 de la Constitución de 1869 disponía que *“Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado”*. Por su parte, el artículo 44 de la Constitución de 1931 establecía que 44. *“Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.*

Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.

Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes”.

⁴⁶⁸ Díez-Picazo, Luis; “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la constitución”, en Martín Retortillo, Sebastián (coordinador); Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Cívitas, Madrid, 1991, tomo II, Pág. 1270.

⁴⁶⁹ García de Enterría, Enrique; “La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después”, en Revista de administración pública, nº 156, septiembre-diciembre de 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Pág. 257

⁴⁷⁰ Bassols Coma, Martín; Constitución y sistema económico, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, Pág. 126.

Finalmente cabe destacar que **tampoco posee jerarquía constitucional el instituto de la reversión**, conforme la omisión del en el texto supremo y lo afirmados por el Tribunal Constitucional español en la sentencia nº 67/1988 al afirmar que “No cabe duda de que el artículo 33.3 de la Constitución no ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la propiedad el derecho de reversión, que es, en consecuencia, un derecho de configuración legal”⁴⁷¹.

g) La propiedad y la herencia. La disposición de la propiedad privada *mortis causa*.

Con anterioridad hemos explicado que la recepción del concepto de propiedad privada en el ordenamiento supremo español comprende, entre otros aspectos, el derecho de disponer de aquellos bienes patrimoniales que son objeto del derecho. Esa tutela a la posibilidad de disposición o transmisión de bienes ¿incluye también las efectuadas *mortis causa*?

Jorge de Esteban y Pedro González Trevijano recurren a la metodología jurídica comparada y asimilan el derecho de herencia comprendido en el texto español con el expreso reconocimiento que la Constitución alemana le otorga en su artículo 14⁴⁷². Agregan además la necesidad de buscar y configurar un equilibrio jurídico-económico del derecho a la luz de la construcción del sistema fiscal, particularmente en lo que se refiere a la fiscalidad y progresividad⁴⁷³.

En esto, Gaspar Ariño Ortiz estima la importancia de alcanzar cierto equilibrio entre el respeto a la propiedad privada y el derecho de la sociedad a participar en la transmisión de la riqueza a partir del impuesto sobre el caudal relicto y el impuesto sobre las adquisiciones hereditarias⁴⁷⁴.

Luis Díez Picazo, en cambio, entiende que la herencia, más que un derecho es una garantía institucional⁴⁷⁵.

Ángel, López y López, en similar sentido evoca que “se puede decir que el artículo 33.1 CE garantiza la herencia como institución, significando ello su contemplación no desde la perspectiva de las facultades individuales de los causantes, sino desde la del complejo conjunto

⁴⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 67/88, de 18 de abril de 1988.

⁴⁷² El artículo 14 inciso 1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 dispone “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados”

⁴⁷³ De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Curso de Derecho constitucional español. Sección publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, Tomo II, Pág. 312

⁴⁷⁴ Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de derecho público económico. Editorial Comares, Granada, 2004, Pág. 174.

⁴⁷⁵ Díez Picazo, Luis; Sistema de derechos fundamentales, Editorial Cívitas, Madrid, 2003, Pág. 458.

de normas ordinarias que se ocupan del derecho a suceder con motivo de la muerte de una persona. Como garantía institucional se encuentra dirigida principalmente al legislador”⁴⁷⁶.

José María Rodríguez de Santiago apunta que la atención que la jurisprudencia constitucional ha prestado a este valor jurídico -de herencia- ha sido insignificante ya que en las resoluciones constitucionales importantes sobre la propiedad, el derecho a la herencia prácticamente ni se menciona⁴⁷⁷. Empero, si se tiene en cuenta que el derecho a decidir sobre el destino de su patrimonio o a disponer sobre los bienes que lo integran se encuentra protegido por el derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 inciso 1 de la Constitución española, su extensión a voluntades *post mortem* es acorde al criterio de libre disponibilidad.

Por último, cabe destacar que el alcance constitucional de la posibilidad de disponer de la propiedad mediante actos *inter vivos* y *mortis causa* (herencia) que el texto español expresamente consagra tiene relación con la familia y puede justificarse como una forma de “protección social, económica y jurídica de la familia” con basamento en el artículo 39 inciso 1 de la Constitución española, paradójicamente, un principio o derecho social.

⁴⁷⁶ López y López, Ángel; “La garantía institucional de la herencia”, en Revista derecho privado y Constitución, nº 3, mayo-agosto de 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Pág. 50.

⁴⁷⁷ Rodríguez de Santiago, José María; “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en Revista de administración pública, nº 177, septiembre-diciembre de 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Págs. 159 y ss

2) La libertad de empresa en la Constitución socioeconómica española.

La libertad de empresa se encuentra reconocida expresamente en la Constitución española de 1978 en su artículo 38. La norma dispone que “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*”

Este derecho fundamental encuentra elementos que modelan su contenido y serán analizados más adelante. Lo que interesa seguidamente es ahondar sobre su naturaleza jurídica, el contenido y objeto del derecho a los efectos de la oportuna comparación –con el caso argentino- que orienta el presente trabajo.

a) Naturaleza jurídica: un derecho fundamental. Sus consecuencias.

El reconocimiento a la libertad de empresa se enmarca dentro del Título I, Capítulo II de la Constitución española. Por ende, y como sostiene gran parte de la doctrina, es un derecho fundamental.

Replicamos aquí lo antes expuesto por la literatura constitucional al desarrollar la naturaleza jurídica del derecho de propiedad en España y en honor a la brevedad allí nos remitimos. Ello en relación a la explicación tanto de las posiciones doctrinarias que sostienen que todos los derechos que integran el Capítulo II del texto supremo importan un derecho fundamental (en aplicación del principio de *favor libertatis*), como aquellas que sólo así califican a aquellos derechos que se enmarcan dentro de la Sección primera de mencionado Capítulo.

Tomando postura en lo sustancial y como derecho fundamental, **la libertad de empresa vincula a los poderes públicos (artículo 53, inciso 1), tiene eficacia inmediata (artículo 9, inciso 1) y posee reserva de ley observando su contenido esencial (artículo 53, inciso 1).**

Sin embargo, se debe reconocer que este derecho no goza de la garantía de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad⁴⁷⁸ (artículo 53, inciso 2); del procedimiento agravado que se requiere para una eventual reforma constitucional (artículo 168); y de la exigencia de Ley Orgánica para su desarrollo (artículos 81 y 86). Sobre esto último Antonio Pérez Luño afirma que ello no debe “entenderse como una distinción material respecto al ámbito de los derechos afectados” sino “como una aclaración

⁴⁷⁸ Sobre sus consecuencias, Fernández Segado, Francisco; El sistema constitucional español, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, Págs. 491 y ss.

puntualizadora de que todas las materias relacionadas con el desarrollo legislativo de los derechos y libertades fundamentales se encuentran reservadas a la ley orgánica⁴⁷⁹.

En materia de derechos económicos Enoch Albertí Rovira afirma que si bien la libertad de empresa no se encuentra dentro del aparatado constitucional que lo califica nominalmente como derecho fundamental, sólo se diferencia de éstos en alguna de sus garantías adjetivas. Y enumera la reserva de ley ordinaria frente a la orgánica, el recurso de amparo y el procedimiento especial y sumario para su tutela ordinaria⁴⁸⁰.

Sin embargo, alguna jurisprudencia constitucional ha dejado entrever que en el derecho a la libertad de empresa “predomina el carácter de garantía institucional”⁴⁸¹.

Por otro lado, el componente valorativo de la libertad de empresa como derecho fundamental recibe una importante vertiente desde el ordenamiento supranacional. La internacionalización de la libre iniciativa privada ha dejado de ceñirse al ámbito del mercado nacional o interior para proyectarse al ámbito exterior⁴⁸².

Finalmente, cabe apuntar que la libertad de empresa dentro del mercado interno español se ve complementada por los derechos de libre circulación de mercaderías, capitales, libertad de establecimiento y prestación de servicios provenientes del proceso de integración del ámbito europeo.

b) Sujetos del derecho. El caso del Estado y la iniciativa pública ¿derecho o competencia funcional?

En el régimen constitucional español de reconocimiento de la libertad de empresa, las personas físicas y jurídicas, nacionales españoles o extranjeros pueden ser **sujetos titulares** del derecho subjetivo.

Sobre la eventual titularidad de esta libertad por parte de las personas jurídicas públicas sostenemos lo mismo que afirmamos al abordar esta problemática respecto del derecho de propiedad y allí nos remitimos: Los derechos fundamentales pertenecen a las personas y no al Estado.

⁴⁷⁹ Pérez Luño, Enrique; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Pág. 72. El autor incluye a “todos los derechos y deberes contenidos en su Título I como fundamentales”

⁴⁸⁰ Albertí Rovira, Enoch; Autonomía política y unidad económica, Editorial Cívitas y Generalitat de Catalunya – Institut d’ Estudis Autònòmic, Madrid, 1995, Pág. 204 (en especial, nota al pie de página nº 51).

⁴⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 225/1993, de 8 de julio de 1993.

⁴⁸² De la Cuadra Salcedo Janini, Tomás; Mercado nacional único y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Aplicando esta afirmación y aquella argumentación, son entonces las personas –físicas o jurídicas⁴⁸³, nacionales o extranjeros- los únicos titulares del derecho fundamental a la libertad de empresa en los términos del artículo 38 de la Constitución española.

Las entidades públicas –por ejemplo las empresas públicas- no son titulares de derechos subjetivos, aunque cierta literatura entiende la conveniencia de extenderles cierto grado de legitimación⁴⁸⁴, de conformidad con la eventual “afectación” detectada.

Entre los **sujetos pasivos u obligados** directos como consecuencia del ejercicio del derecho subjetivo de la libre empresa se encuentran el Estado y el resto de las personas físicas y/o jurídicas.

La garantía del derecho surte efecto en sentido negativo estableciendo una tutela contra eventuales intromisiones del Estado o del resto de los privados exigiendo el haz de facultades que integran la libertad de empresa. Esto sin perjuicio de que el derecho carezca de la garantía del procedimiento basado en la preferencia y sumariedad (artículo 53, inciso 2 de la Constitución española).

En principio, esta no parece ser la conclusión a la que arriban Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila ya que afirman que “Como libertad individual es, fundamentalmente, una libertad frente al Estado y no frente a otros particulares que, por lo tanto, no están vinculados por el derecho fundamental del otro empresario”. Empero, inmediatamente los autores estiman que en la medida en que el derecho se reconoce constitucionalmente, se derivan de él mandatos de protección para todos los poderes públicos, por lo que el legislador está obligado a configurar el ordenamiento jurídico de manera que se proteja el derecho fundamental de cada ciudadano frente a las actuaciones de terceros que puedan limitarlo o lesionarlo⁴⁸⁵.

La vinculación constitucional de un sujeto activo del derecho respecto al Estado es muy diferente de la que posee con el resto de las personas. Pero la protección constitucional abarca a ambos eventuales sujetos pasivos.

Excede el objeto del trabajo de tesis profundizar sobre cuestiones de teoría general del Estado y del derecho y sobre el fundamento y el desarrollo de los derechos fundamentales en relación a la economía y a los valores sociales. A lo largo de la primera parte de este trabajo nos hemos explayado con amplitud y hemos señalado, además, la vasta literatura clásica⁴⁸⁶ y contemporánea⁴⁸⁷ que existe en la materia, y a ella nos remitimos.

⁴⁸³ Sobre las personas jurídicas como sujetos activos de derechos fundamentales, ver, por ejemplo: Gómez Montoro, Angel; “La titularidad de derechos por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 65, mayo-agosto de 2002, Madrid, Págs. 49 y ss.

⁴⁸⁴ García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 138.

⁴⁸⁵ Paz-Ares, Cándido y Alfaro Águila, Jesús; “Artículo 38”, en Casas Baamonde, María; Comentarios a la Constitución española, Editorial Wolters Kluwer España, Madrid, 2008, Pág. 983.

⁴⁸⁶ A modo de ejemplo, Menger, Antonio; El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista), Editorial Comares, Granada, 2004 [1886]; Duguit, León,

La afirmación según la cual sin derechos fundamentales no resulta apropiado referir al Estado de derecho (ergo, como se sostiene, existen diferentes clases de derechos fundamentales y existen diferentes tipos de Estados de derechos)⁴⁸⁸ implica que los derechos se corresponden a necesidades humanas. Por ello, los derechos subjetivos positivos (o reconocidos) solamente se confieren a las personas, y a partir de ahí surgen las pretensiones que le corresponden⁴⁸⁹.

Planificación e iniciativa pública en la economía

El reconocimiento de la libertad de empresa no es un derecho de alcance ilimitado en el ordenamiento constitucional español.

En un primer lugar, el propio artículo 38 de la norma suprema dispone que *“Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*.

Por su parte, el artículo 128 de la Constitución española dispone que *“1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”*.

Estas dos cláusulas remiten al principio de **intervención pública en las actividades económicas-productivas** o modalidades de actuaciones administrativas en la vida económica, sea como técnica de intervención (**planificación económica**) o como forma de iniciativa pública.

Enrique Linde Paniagua propone complementar esto con los principios de i) solidaridad, articulado mediante el Fondo de Compensación Interterritorial, reconocido en el artículo 158

Manual de derecho constitucional, Editorial Comares, Granada, 2006 [1907]; Kelsen, Hans; Compendio esquemático de una teoría general del Estado, Edición de Nuñez y Comp. S en C., Barcelona, 1926; Smend, Rudolf, Constitución y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988 [1928]; Gurvitch, Georges; La idea del derecho social, Editorial Comares, Granada, 2005 [1932]; Heller, Hermann; Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México 1955 [1934]; entre tantos otros.

⁴⁸⁷ A modo de ejemplo, Pisorusso, Alessandro; Lecciones de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 2 tomos; Bobbio, Norberto; El tiempo de los derechos, Editorial Sistema, Madrid, 1991; Hesse, Konrad; Escritos de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Palombela, Gianluigi; La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas, Editorial Trotta, Madrid, 2006; Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid, 1995, Häberle, Peter; El Estado constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, Guastini, Riccardo; Lecciones de teoría del derecho y del Estado, Editorial Comunitas, Lima, 2010; entre tantos otros.

⁴⁸⁸ Ansuátegui Roig, Francisco, De los derechos y el Estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, Págs. 22 y ss.

⁴⁸⁹ Guastini, Riccardo; Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999, Pág. 180.

inciso 2; ii) interés general (artículos 105, inciso 3; 44, inciso 2 y 47 entre otros); e incluso iii) potestad tributaria y presupuestaria pública (artículos 31, 133 y 134)⁴⁹⁰.

La planificación económica supone, para el autor, un límite a la libertad de empresa que tiene como fines los descritos en el artículo 131 -especialmente el inciso 1- del texto supremo español y constituye un instrumento idóneo para los objetivos de dicho orden económico⁴⁹¹. En este sentido, el artículo 131 de la Constitución española establece que “1. *El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.*”

Por otra parte, la iniciativa pública es un instrumento del Estado al servicio de los objetivos que presiden el orden económico constitucional. Pero ella también encuentra límites en la misma norma suprema, en particular mediante la estricta observancia de los derechos fundamentales.

Las relaciones entre el mecanismo interventor público en las actividades económicas y el alcance de la libertad de empresa pueden ser muy variadas. Sobre la inclusión del principio de planificación en el artículo 38 de la Constitución española –en el caso que los poderes públicos opten por limitar determinada actividad empresarial mediante la planificación- éste debe contar con cobertura legal.

Ello es así debido a que **el constitucionalismo contemporáneo -respetuoso de los derechos fundamentales- se identifica con la planificación sectorial (atendiendo a las necesidades de cada caso concreto) por sobre la variante de planificación global**. Por lo tanto, una relectura de la planificación de la “actividad económica general” establecida en el artículo 131 inciso 1 de la Constitución española es diferente a la subordinación de la riqueza al “interés general” recogida en el artículo 128 inciso 1 del mismo texto.

Gaspar Ariño Ortiz estima que la intervención pública ofrece un amplio espectro que comprende “desde la simple comunicación hasta la concesión constitutiva (en los supuestos de reserva al Estado, artículo 128 CE), pasando por las autorizaciones (conformadoras o simples), licencias, permisos, inscripciones en Registros públicos, homologaciones técnicas, etc. La menor intervención es la comunicación o notificación, a efectos informativos o estadísticos, de la instalación o actividad industrial o comercial de que se trate. La más intensa es la

⁴⁹⁰ Linde Paniagua, Enrique; Introducción al sistema económico en la constitución española, Valencia, s/d, 1987, Págs. 25 y ss.

⁴⁹¹ Linde Paniagua, Enrique; Introducción al sistema económico en la constitución española, Valencia, s/d, 1987, Págs. 60 y 62.

autorización discrecional, en función de la oportunidad apreciada por la autoridad administrativa, sólo admisible en virtud de una expresa habilitación legal”⁴⁹².

Sobre esto último –la discrecionalidad de la administración pública- consideramos importante agregar que la garantía de reserva de ley no constituye el factor único o exclusivo a considerar.

Amén de la adecuación formal de la norma infraconstitucional a la Constitución (“solo por ley”, artículo 53 inciso 1), la aplicación de la fuerza normativa de esa misma Constitución obliga a una relectura de su contenido en el ámbito sustancial. Esto requiere, **observar tanto el contenido esencial del derecho como la aplicación del resto de los derechos fundamentales** (ejemplo: el derecho de no discriminación en la participación como agente de determinado sector económico a regular).

En síntesis, la constitución española admite expresamente el protagonismo público en la economía, pero en convivencia necesaria con el derecho fundamental a la libertad de empresa (artículo 38).

Finalmente y en relación con la **titularidad de la libertad de empresa**, cabe concluir que los únicos titulares del derecho son los particulares (físicos o jurídicos). Como se ha dicho, cuando el Estado ejerce la “iniciativa económica pública” no despliega ningún derecho fundamental a la libertad de empresa. Los poderes públicos no son titulares ni de este ni de ningún otro derecho fundamental, en palabras de Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila⁴⁹³, con las acotadas excepciones antes expuestas.

c) Objeto y contenido del derecho. Referencia constitucional a las “empresas” educativas y de información.

El **objeto** del derecho fundamental a la libertad de empresa lo constituyen las actividades o servicios susceptibles de ser tratados o intercambiados a los fines productivos⁴⁹⁴ en los diferentes mercados dentro del marco de la legalidad.

Es decir, quedan excluidos del objeto del derecho las actividades productivas (o de intercambio) de bienes y servicios que la norma infraconstitucional prohíbe o declara como

⁴⁹² Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de derecho público económico. Tercera edición. Editorial Comares, Granada, 2004, Pág. 280.

⁴⁹³ Paz-Ares, Cándido y Alfaro Águila, Jesús; “Artículo 38”, en Casas Baamonde, María; Comentarios a la Constitución española, Editorial Wolters Kluwer España, Madrid, 2008, Pág. 998.

⁴⁹⁴ Para la diferencia en cuanto a su objeto, en el derecho de propiedad privada (momento estático) y la libertad de empresa (momento dinámico o **fines de producción o distribución**) ver: Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Págs. 327 a 330 y especialmente 329. También, García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Págs. 106 a 109 y particularmente 196 y 197.

servicios de interés general/servicios públicos o servicios reservados al Estado, tal como anteriormente ha sido expuesto al analizar el artículo 128 de la Constitución española.

Desde alguna literatura se ha sintetizado su definición al incluir en el objeto cualquier actividad organizada que tenga por finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado⁴⁹⁵.

En cuanto el **contenido** de la libertad de empresa, las posiciones de la doctrina española son variadas.

Desde una posición amplia (“de textura abierta”), Ignacio García Vitoria se apoya en nutrida jurisprudencia constitucional para determinar que, en virtud del diálogo entre los poderes del Estado, el contenido de la libertad de empresa incluye su posibilidad de creación, actuación en el mercado, establecimiento de sus propios objetivos, dirección y planificación de su actividad e incluso el cese de ésta⁴⁹⁶.

Antonio Cidoncha asume que la libertad de empresa conforma el haz de posiciones jurídicas que posee el titular del derecho. Para el autor es entonces una actividad del empresario (titular del derecho) de característica económica, organizada (excluye a quien realiza la actividad sin aporte organizativo), desarrollada en nombre propio (excluye a los asalariados) y dirigida a producir bienes o servicios para el mercado (excluye al consumo propio o familiar) y profesional-habitual (el autor excluye a quien realiza la actividad ocasionalmente)⁴⁹⁷. Sobre esto último, Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila se manifiestan en contra⁴⁹⁸.

Por otro lado, la norma constitucional española expresamente concibe la posibilidad de **extender la protección a ciertas actividades como las “empresas” educativas**, fundado en el derecho a la libre creación de centros docentes, conforme al artículo 27 inciso 6 de la Constitución española y reafirmado por el Tribunal Constitucional español en la sentencia nº 5/1981. Sobre la sentencia constitucional reseñada, la justicia lo ha justificado en base a que el establecer un ideario educativo propio forma parte de la libertad de creación de centros y “*Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (art. 38) consagra*”⁴⁹⁹.

También cabe afirmar algo similar **en lo referido a las “empresas” de información**. Ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución española, reafirmado

⁴⁹⁵ Paz-Ares, Cándido y Alfaro Águila, Jesús; “Artículo 38”, en Casas Baamonde, María; Comentarios a la Constitución española, Editorial Wolters Kluwer España, Madrid, 2008, Pág. 982.

⁴⁹⁶ García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Págs 196 y 194, respectivamente.

⁴⁹⁷ Cidoncha, Antonio; La libertad de empresa, Editorial Thompson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, Pág. 255.

⁴⁹⁸ Paz-Ares, Cándido y Alfaro Águila, Jesús; “Artículo 38”, en Casas Baamonde, María; Comentarios a la Constitución española, Editorial Wolters Kluwer España, Madrid, 2008, Pág. 982.

⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 5/1981 de 13 de febrero de 1981.

jurisprudencialmente en lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 206/1990⁵⁰⁰.

Más allá de los casos expresamente citados por la norma suprema, el texto del artículo 38 de la Constitución, complementado con el resto del ordenamiento, permite conceptualizaciones sumamente amplias. Estas dos transcriptas conforman expresiones constitucionales concretas del derecho de empresa que evidentemente el constituyente español estimó de importancia. Pero obviamente los sectores productivos amparados por la libertad constitucional de empresa no se limitan a los señalados.

Siguiendo con el análisis que la doctrina hace sobre el contenido del derecho, Martín Bassols Coma desglosa el valor protegido e identifica tres núcleos esenciales. Primeramente, ubica el reconocimiento de la libertad de empresa, que está afectado en su ejercicio en relación con los poderes públicos (artículos 53 inciso 1 y 128 inciso 2 de la Constitución española). En segundo lugar, estima el ejercicio del derecho individual se encuentra modulado en función de la economía de mercado. Finalmente, entiende la garantía del derecho se encuentra protegida por las autoridades públicas de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (artículo 38 de la Constitución española). No existe -para el autor-, una relación causa y efecto como sí ocurre con el derecho de propiedad cuyo ejercicio se condiciona al cumplimiento de una función social⁵⁰¹.

Gaspar Ariño Ortiz explica que la jurisprudencia constitucional española no ha especificado una completa y acabada determinación del contenido esencial del derecho a la libre empresa, por lo cual opina que debe ser interpretado a partir de un análisis por el absurdo, esto es, dilucidar en qué casos no hay libertad de emprender económicamente⁵⁰². Sí, en cambio y recogido por el autor, la justicia constitucional ha definido, con carácter genérico, el contenido esencial de un derecho como “...aquella parte del contenido que un derecho sin el cual pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho correspondiente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses”⁵⁰³.

Sin perjuicio de lo anterior, Gaspar Ariño Ortiz enuncia tres ámbitos fundamentales que integran el “núcleo esencial” de la libertad de empresa.

⁵⁰⁰ García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 53; Cidoncha, Antonio; La libertad de empresa, Editorial Thompson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, Pág. 258 y sentencia del Tribunal Constitucional español 206/1990 de 17 de diciembre de 1990.

⁵⁰¹ Bassols Coma, Martín; Constitución y sistema económico, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, Pág. 133.

⁵⁰² Ariño Ortiz, Gaspar; Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 84.

⁵⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/81, de 8 de Abril de 1981.

En primer lugar, el autor ubica la libertad de creación –creación *ex novo* o adquisición- de una empresa y el libre acceso al mercado, siempre que se reúnan los requisitos que la reglamentación razonablemente refiera, es decir, sin ejercer una autoridad discrecional. Se excepcionan aquellas actividades reservadas por el Estado -servicios de interés general así declarados por ley, o aquellos que son propios de la fisonomía del Estado sin los cuales no existiría como tal-, como así también las actividades prohibidas y contrarias a las buenas costumbres.

En concreto, las posibles limitaciones deben referir al monopolio declarado por el Estado o a la declaración de reserva o servicio público; a la iniciativa pública; o bien a los requisitos de admisión, los cuales deben ser constitucionalmente razonables (principio de razonabilidad) y previamente establecidos por ley (principio de reserva de ley). Toda otra limitación que encuentre argumentos distintos a los señalados, en principio atentan contra la libertad de empresa. Sin embargo, desde alguna posición se ha reconocido el eventual establecimiento de regímenes transitorios “en virtud del principio de protección de la confianza legítima y para la adaptación no traumática de las empresas establecidas”⁵⁰⁴.

En segundo lugar el autor identifica la libertad de organizar la empresa. Esto supone la libertad de organización, composición de la dirigencia empresarial y la libertad de emplazamiento. Sin embargo y respecto a lo primero, el artículo 129 inciso 2 la Constitución nacional establece que “*Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*”⁵⁰⁵. Referiremos a ello al estudiar los principios sociales como moduladores de la libertad de empresa y allí nos remitimos.

Por último, el mencionado autor detecta la libertad de dirigir la empresa, la cual comprende la libre toma de decisiones en el ejercicio de la actividad empresarial⁵⁰⁶.

Manuel Aragón Reyes también opina que la libertad de empresa debe ser engarzada con otros derechos y libertades de necesario acompañamiento. Esto es así ya que para el autor, el derecho forma parte de un concepto que, con las correspondientes limitaciones, puede o debe ser llevado a cabo trascendiendo la esfera puramente individual.

Sin embargo no distingue su contenido, sino que incluye a todos los derechos afines ya que se trata –como lo explica- de una libertad que reconoce a los ciudadanos acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual fuere la forma jurídica que se emplee y sea cual sea el modelo

⁵⁰⁴ Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de derecho público económico. Tercera edición. Editorial Comares, Granada, 2004, Pág. 264.

⁵⁰⁵ Ampliar en: Uriarte Torrealdy, Roberto; El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada, 2005.

⁵⁰⁶ Ampliar en: Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de derecho público económico. Editorial Comares, Granada, 2004, Pág. 261.

patrimonial o laboral que se adopte⁵⁰⁷. Siguiendo su razonamiento, el derecho a la propiedad privada, de asociación, de circulación y establecimiento conducen, entre otros, al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10, inciso 1 de la Constitución española) en el plano económico⁵⁰⁸.

Esta última afirmación es rechazada por Oscar de Juan Asenjo por cuanto entiende categóricamente que la libertad de empresa “no forma parte de la estructura de la personalidad humana”⁵⁰⁹.

En definitiva, se trata de una libertad que reconoce a las personas la potestad de idear, iniciar, desarrollar y concluir actividades de carácter económico-productivo en sus múltiples variantes.

Para algunos constituye, su vez, una garantía institucional⁵¹⁰, como también lo ha entendido alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre, por ejemplo, la comercialización de productos farmacéuticos⁵¹¹ o el régimen de horarios y la ordenación del comercio⁵¹². Empero, se mantienen posturas críticas sobre la utilización del concepto en este tema⁵¹³.

Oscar Alzaga Villaamil, en cambio, prefiere limitar las atribuciones que otorga esta libertad a tres dimensiones básicas. Es decir, subdivide el contenido del derecho en tres elementos: la libertad de inversión con ánimo de lucro, la libertad de contratación y la libertad de organización⁵¹⁴.

Jorge De Esteban y Pedro González-Trevijano clasifican de forma más amplia las facultades principales de la libertad de empresa agregando, a las señaladas anteriormente, el derecho al beneficio, como así también el derecho a participar en las entidades que se puedan crear para ordenar o planificar la economía⁵¹⁵.

Resulta importante aclarar que este derecho no se limita a tutelar el ejercicio de la actividad económica en un sólo momento de la actividad, sino que adquiere una

⁵⁰⁷ Aragón Reyes, Manuel; Libertades económicas y Estado social. McGraw-Hill, Madrid, 1995, Pág. 16

⁵⁰⁸ Aragón Reyes, Manuel; “Libertad de empresa”, en Aragón Reyes, Manuel (coordinador); Temas básicos de derecho constitucional, Editorial Cívitas, Madrid, 2001, tomo III, Pág. 219.

⁵⁰⁹ De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 153.

⁵¹⁰ Rubio Llorente, Francisco; “La libertad de empresa en la Constitución”, en Iglesias Prada, Juan (coordinador); Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Cívitas, Madrid, 1996, tomo I, Págs. 431 a 446.

⁵¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 83/1984, de 24 de julio de 1984.

⁵¹² Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 225/1993, de 8 de julio de 1993.

⁵¹³ García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa: ¿un terrible derecho? Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Págs. 240 a 245.

⁵¹⁴ Alzaga Villaamil, Oscar; “Las libertades económicas”, en Alzaga Villaamil, Oscar; Gutiérrez, Ignacio y Rodríguez Zapata, Jorge; Derecho político español según la Constitución de 1978; Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, tomo II, Pág. 183.

⁵¹⁵ De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Curso de Derecho constitucional español. Sección publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, tomo II, Pág. 287.

perspectiva de continuidad. De no alcanzarse tal protección sostenible temporalmente, aquella libertad económica no sería concebida en los términos que la Constitución española dispone.

A modo de ejemplo y salvando las diferencias, este alcance sería asimilable al que experimenta el derecho a la libre circulación o a la educación. ¿Resulta constitucional y razonablemente adecuado que estos derechos sólo se encuentren garantizados en el comienzo de un trayecto pero no en su final? ¿O que el derecho de aprender sea protegido hasta el momento de haber adquirido determinado nivel de conocimiento y no con posterioridad? La libertad de empresa se encuentra tutelada con las delimitaciones que fija la propia constitución en el marco de la legislación y sostenida en la dimensión temporal.

Oscar de Juan Asenjo intenta simplificar la cuestión en base a tres interrogantes que despliega la libertad de empresa: ¿Qué bienes han de producirse? ¿Cómo han de producirse? ¿Para quién han de producirse? Responde así con las sub-libertades de inversión, la libertad de organización y la libertad de contratación o libertad negocial⁵¹⁶.

La consagración de un derecho en determinado ordenamiento constitucional forma parte de una decisión del constituyente que, al considerar cierto valor de superior importancia resuelve incorporarlo a la máxima jerarquía. Esto apareja consecuencias jurídicas referidas:

- i. a la superioridad del precepto por sobre el resto de las normas, determinando así su ámbito de validez formal (o la determinación del procedimiento de elaboración de las normas) y sustancial (o sobre el contenido de las normas conforme a la Constitución⁵¹⁷). Como afirma Eduardo García de Enterría al analizar las consecuencias de la aplicación del **principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento**, “la Constitución constituye el “contexto” necesario de todas y cada una de las leyes, reglamentos y normas a efectos de su interpretación y aplicación, aunque sea un contexto que a todas las excede en significado y rango”⁵¹⁸.
- ii. a la necesidad de contar con un procedimiento especial para su modificación (principio de rigidez constitucional)⁵¹⁹.

Por todo lo expuesto, la consagración constitucional de la libertad de empresa y su valoración en los modelos de socioeconómicos de intercambios –aún con las morigeraciones sociales- lo constituyen como un verdadero derecho subjetivo fundamental. Sebastián Martín

⁵¹⁶ De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 154.

⁵¹⁷ Sobre el principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución ver: García de Enterría, Enrique; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Cívitas, Madrid, 1981, Págs. 111 y ss.

⁵¹⁸ García de Enterría, Enrique; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Cívitas, Madrid, 1981, Pág 111.

⁵¹⁹ Ampliar, por ejemplo, en Peralta Martínez, Ramón; La Constitución como sistema de libertad, Editorial Actas, Madrid, 2008, Págs. 209 y ss.

Retortillo Baquer agrega además –en la dimensión individual- el principio de autonomía negocial⁵²⁰.

Podrá alegarse además que este artículo determina el modelo de “economía de mercado”, modulado con los obligados principios orientadores de la política social. Justamente en esto se apoyan y fundamentan algunos de los límites del ejercicio de la libertad de empresa que más adelante serán estudiados.

d) El contenido esencial de la libertad de empresa. La referencia al marco de la economía de mercado.

La libertad de empresa **sólo puede ser ejercida en un ámbito de competencia o concurrencia entre sujetos activos del derecho. Su reconocimiento permite los intercambios económicos y consecuentemente configura los distintos mercados sectoriales en los cuales se despliegan**, en complemento además con lo dispuesto por los artículos 139 inciso 2 y los incisos correspondientes del artículo 141⁵²¹, en el marco de un Estado de derecho constitucional.

Sucede que la libertad de empresa se concibe “**en el marco de la economía de mercado**”, según reza el artículo 38 de la Constitución española. De esta manera la Constitución reconoce el derecho (a la libertad de empresa) y a partir de tal reconocimiento crea un marco de intercambios económicos (el mercado).

El sentido de la relación tríada es entonces: Estado constitucional-derechos fundamentales-mercado. Su configuración constitucional es el señalado y no el inverso. El Estado de derecho constitucional origina y configura los mercados, y no al revés. Justamente una de las manifestaciones de la libertad de empresa y en general de la Constitución económica es el principio de unidad de mercado reconocido por la propia constitución (artículo 139 inciso 2 de esa norma)⁵²²

Pero ¿cuál es el contenido de la libertad de empresa?

Manuel Aragón Reyes propone segmentar el *iter* constitutivo de la operatoria empresarial y consecuentemente aislar los reductos mínimos indisponibles en torno a la actividad económica. En esa inteligencia destaca i) el inicio de la actividad, representado en la no prohibición absoluta

⁵²⁰ El autor cita el artículo 1255 del Código Civil español que señala “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián; Derecho administrativo económico; Editorial La Ley. Madrid, 1988; Pág. 85.

⁵²¹ De la Cuadra-Salcedo Janini, Tomás; Mercado nacional único y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

⁵²² Gómez-Ferrer Morant, Rafael; “Unidad de mercado y captación de inversiones: perspectiva constitucional”, en: Cosculluela Montaner, Luis; Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Cívitas, Madrid, 2003, Pág. 89.

de participación y la no imposición forzosa de determinada actividad; ii) el desarrollo de la actividad, mínimo reducto de autonomía en la dirección de la empresa; iii) la finalización de la actividad, o lo que es lo mismo, su no imposición absoluta de continuación⁵²³.

Cándido Paz-Ares y Jesús Alfaro Águila critican esa posición en base a tres argumentos. El primero es que aquella postura contradice la posibilidad de reserva del sector público establecida en el artículo 128 inciso 2 de la Constitución española ya que en este caso el acceso de los particulares estaría completamente vedado. La segunda crítica al aislamiento de esos reductos la enarbolan porque no justifica debidamente la razón de la constitucionalidad de las prohibiciones absolutas de desarrollar económicamente determinadas actividades (por ejemplo, el comercio de órganos humanos). La última, debido a que a partir de la hipótesis criticada se podría legitimar un intervencionismo público de alcance muy superior al previsto por el propio constituyente, ya que aquel criterio no permite distinguir entre diferentes sectores que exigen diferentes grados de intervención.

Sobre esto último los autores agregan que “En definitiva, el efecto de una delimitación del contenido esencial como la planteada puede ser el contrario al pretendido: no se garantiza el espacio individual inmune a la injerencia estatal, sino que se legitiman injerencias injustificadas”. Para ello aportan como demostración empírica jurisprudencia constitucional de la cual surge que la propuesta enunciada “es escasamente útil en cuanto que no proporciona criterios de enjuiciamiento de la legitimidad de la intromisión de los poderes públicos en la actividad económica privada”⁵²⁴ ya que el debate sobre aquel caso no permitió, según interpretan los autores, obtener resultados convincentes acerca de si la libertad para fijar el horario de apertura de una tienda forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa⁵²⁵.

Ignacio García Vitoria se apoya justamente en la sentencia recién expuesta y afirma que la libertad de empresa acoge contenidos muy diversos, entre los que identifica la facultad de crear empresas, actuar en el mercado, establecer los propios objetivos de la empresa, dirigir y planificar la actividad en atención a los recursos y a las condiciones del mercado e incluso la decisión de cesar en la actividad⁵²⁶. Cabe destacar que la jurisprudencia ha establecido que el **derecho de contratación** constituye una de las vertientes de la libertad de empresa, junto con las llamadas libertad de organización y libertad de inversión⁵²⁷.

⁵²³ Aragón Reyes, Manuel; Libertades económicas y Estado social. McGraw-Hill, Madrid, 1995, Págs. 32 y ss.

⁵²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 225/1993, de 8 de julio de 1993.

⁵²⁵ Paz-Ares, Cándido y Alfaro Águila, Jesús; “Artículo 38”, en Casas Baamonde, María; Comentarios a la Constitución española, Editorial Wolters Kluwer España, Madrid, 2008, Pág. 982.

⁵²⁶ García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 194.

⁵²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 112/2006, de 5 de abril de 2006.

Luis Arroyo Jiménez estima que la libertad de empresa está integrada por el conjunto de posiciones iusfundamentales características de los derechos de libertad, pero agrega un mandato objetivo dirigido a los poderes públicos consistente en garantizar la integridad y promover la efectiva actualización de los intereses o bienes jurídico-constitucionales⁵²⁸.

Por supuesto que un contenido amplio obliga a su reglamentación en aras a la armonización de su ejercicio con el resto de los derechos fundamentales reconocidos.

Oscar de Juan Asenjo enumera tres componentes ineludibles que integran el contenido esencial de la libertad: libertad de inversión, libertad de organización y libertad de contratación. Para el autor, la ausencia de cualquiera de ellos provocaría la desaparición de la libertad, sin perjuicio de las eventuales limitaciones por parte del legislador⁵²⁹.

Como se observa, las posiciones en la doctrina española sobre el contenido de la libertad de empresa son múltiples e inclusive disímiles en algunos aspectos.

e) Los límites al ejercicio de la libertad de empresa. Límites sustanciales y límites formales.

De la misma forma que anteriormente ha sido expuesta la problemática de los límites en el caso del derecho de propiedad privada, a continuación se indagará sobre las limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa en la dogmática española.

Es sabido que toda regulación implica, al menos de forma mínima, una limitación del derecho. Empero, esa limitación debe observar su contenido esencial -en los términos del artículo 53 inciso 1 de la Constitución española- que todo derecho fundamental posee ya que, de lo contrario, su eventual restricción lesionaría o inclusive desconocería la existencia de la aquella libertad.

¿Cuáles son los “límites de la limitación” en el caso de la libertad de empresa?

En una primera aproximación, Manuel Aragón Reyes descarta la eventual exigencia de autorizaciones públicas para el ejercicio del derecho. Explica que un derecho que necesita una autorización previa a los fines de su ejercicio no es realmente un derecho sino una simple concesión, aún en el caso que esa autorización se manifieste como una potestad reglada y no discrecional⁵³⁰.

⁵²⁸ Arroyo Jiménez, Luis; “Sobre la estructura normativa de la libertad de empresa”; V Congreso de la Asociación española de profesores de derecho administrativo, Cádiz, 2010; y Libre empresa y títulos habilitantes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

⁵²⁹ De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 160.

⁵³⁰ Aragón Reyes, Manuel; “Libertad de empresa”, en Aragón Reyes, Manuel (coordinador); Temas básicos de Derecho Constitucional, Editorial Cívitas, Madrid, 2001, Tomo III, Pág. 221.

Pero sobre esto, Javier Jiménez Campo realiza una diferenciación entre los límites y delimitaciones de los derechos básicos o fundamentales⁵³¹. Los primeros, dice, son de carácter externos –establecidos mediante la propia Constitución o las leyes- y establecen sus contornos y confines. Las segundas, son inherentes a la propia definición de los derechos.

Lorenzo Martín-Retortillo e Ignacio De Otto y Pardo asimilan aquellas delimitaciones a los límites inmanentes ya que pretenden la conciliación con el resto de los derechos y evitan su ejercicio arbitrario⁵³².

El límite al derecho fundamental de empresa reconoce principios formales (límites formales) y sustanciales (límites sustanciales), es decir respectivamente, la reserva de ley y el resguardo del contenido esencial, tal como lo afirma numerosa jurisprudencia constitucional⁵³³.

Es posible identificar además reductos indisponibles por el legislador, como por ejemplo la igualdad en el ejercicio del derecho e incluso el propio modelo de concurrencia (o competencia) en el mismo sentido. Como explica Oscar de Juan Asenjo, para salvaguardar la libertad de empresa como instrumento basilar de una economía de mercado puede ser preciso limitar las condiciones de su ejercicio⁵³⁴.

¿Cuáles son los **límites sustanciales** (o de contenido) que debe observar la libertad fundamental de empresa?

Enunciado una clasificación esquemática, es posible señalar, entre otras, las siguientes limitaciones, entendidas como objetivos constitucionalmente reconocidos:

- a. Las limitaciones a la libertad de empresa justificadas en el derecho del trabajo y la seguridad social;
- b. Las limitaciones a la libertad de empresa justificadas en la protección de los derechos de los usuarios y consumidores;
- c. Las limitaciones a la libertad de empresa justificadas en la protección del ambiente natural y cultural.

Es posible identificar una cuarta acepción, aunque no ya concebida como un objetivo *per se*, sino como mecanismos de instrumentación de los límites (en relación a alcanzar ciertos objetivos) a la libertad de empresa.

⁵³¹ Jiménez Campo, Javier; Derecho fundamentales. Concepto y garantías; Editorial Trotta, Madrid, 1999, Pág. 36.

⁵³² Martín-Retortillo, Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio; Derechos fundamentales y Constitución; Editorial Cívitas, Madrid, 1988, Pág. 110.

⁵³³ A modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1981, de 16 de noviembre de 1981.

⁵³⁴ De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Pág. 155.

- d. Las limitaciones a la libertad de empresa expresamente reconocidas en la Constitución, en lo relativo a la defensa de la productividad, las exigencias de la economía general y la planificación (artículo 38 de la Constitución española).

Resulta claro que el legislador posee competencias para limitar (y por ende, de cierta forma, modular su contenido) la libertad de empresa. De hecho, alguna literatura sugiere la evaluación ponderada en cada caso de acuerdo a sus circunstancias concretas⁵³⁵, o el juicio de proporcionalidad (comprobación de la intervención respecto a: la adecuación de sus fines, su necesidad y la no suposición de un sacrificio excesivo del derecho⁵³⁶) siempre considerando las circunstancias relevantes y el equilibrio entre los intereses contrapuestos.

De acuerdo a la clasificación esquemática recién propuesta, el apartado “d)” arriba enumerado reconoce un límite constitucional expreso a la libertad de empresa “...de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

La planificación y la iniciativa pública en las actividades económicas, como anteriormente se ha visto, conforman mecanismos interventores públicos que no se justifican en sí mismos, sino que son vehículos orientados a satisfacer valores jurídicos constitucionalmente reconocidos.

Así, el aspecto social –en sentido amplio, es decir social en sentido estricto, protector de los usuarios y consumidores y ambiental (natural y cultural)- constituye un parámetro ineludible a la hora de modular el contenido de la libertad de empresa.

Sucede que, de la misma manera que lo explicamos al desarrollar el derecho fundamental de propiedad privada, **la libertad de empresa posee una dimensión individual** –es decir, desarrollo de actividades productivas y aprovechamiento del lucro o ganancia- y **una dimensión social** –bienestar y desarrollo socioeconómico de la sociedad-.

Veamos el entrecruzamiento entre el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa, ambos en relación a su función social.

La propiedad privada es una función social, en los términos de la especificación de la cláusula constitucional del Estado social (artículos 1 inciso 1 y 33 inciso 2 de la Constitución española). La libertad de empresa, por su parte, se reconoce de acuerdo con las exigencias de la economía general, también en los términos del Estado social (artículos 1 inciso 1 y 38 del mismo texto).

Sin embargo, en sentido estricto y expresamente, la función social integra el derecho de propiedad privada, aunque no la libertad de empresa.

⁵³⁵ Cidoncha, Antonio; La libertad de empresa, Editorial Thompson-Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, Págs. 371 y ss.

⁵³⁶ Ampliar en: Alexy, Robert; Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990 y Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2004

No resulta del todo correcto asimilar con exactitud la noción de “función social” (que integra el derecho de propiedad) a “las exigencias de la economía general” (correspondiente a la libertad de empresa). Pero es indudable que ambos extremos poseen puntos de conexión a los que el legislador puede –y debe- recurrir al momento de efectuar las necesarias regulaciones de los derechos.

Por supuesto que las limitaciones a la libertad habrán de ser razonables, es decir justificadas en base a datos objetivos y verificables y deberán dejar espacio suficiente para el libre despliegue de la decisión empresarial sobre sus propios objetivos, tal como lo afirma Tomás Ramón Fernández Rodríguez⁵³⁷.

Finalmente, desde algunas posturas se ha identificado el principio constitucional de libre competencia como límite (o exigencia) de la regulación del derecho. Es un principio que vincula a los poderes públicos en particular en las relaciones jurídicas horizontales. Manuel García Pelayo, sobre esto, afirma que lo que exige el derecho es una pluralidad de actores económicos con capacidad de decisión y planificación en relaciones competitivas, cualquiera sea la estructura jurídica o económico-social de esos actores⁵³⁸. Las normas de defensa de la competencia entonces constituyen -para el autor- un límite inmanente del derecho ya que forma parte de su propia esencia.

Respecto a los **límites formales**, el principio de reserva de ley en la limitación a la libertad de empresa cumple una misma finalidad que en el caso del derecho de propiedad en la Constitución española. Al analizar esta cuestión fueron destacadas las raíces de la temática, su origen, fundamento y encuadre constitucional y allí nos remitimos.

No obstante, resulta oportuno agregar que atento a que los límites sustanciales al ejercicio de la libertad de empresa encuentran su fundamento en otros derechos fundamentales y en los principios rectores de la política social y económica, la participación del legislador resulta central. La instrumentación de los conceptos jurídicos indeterminados al momento de delinear los límites de la libertad de empresa presupone la realización de un juicio de oportunidad política⁵³⁹. Y en el caso de necesidad de garantizar el ejercicio de un derecho fundamental en colisión con la libertad de empresa, los jueces cumplen el papel de ponderar y resolver sobre su eventual limitación, atento el caso concreto y particular de las condiciones fácticas, aunque sin la marginación del limitado⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón; “Reflexiones constitucionales sobre la libertad de empresa”, en AA.VV. Estudios en Homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1988, tomo I, Pág. 191.

⁵³⁸ García Pelayo, Manuel; “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en: Ramírez, Manuel; Estudios sobre la Constitución española de 1978, Editorial Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, Pág. 42.

⁵³⁹ García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 199.

⁵⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 126/2003, de 30 de junio de 2003, al ponderar la libertad de información y la libertad de empresa.

C) Segunda especie: Los derechos del trabajo y de la seguridad social en la Constitución socioeconómica española.

Llegado a este punto del trabajo han sido analizados los derechos fundamentales económicos en el sentido estricto de su conceptualización. El derecho de propiedad privada y la libertad de empresa fundamentan de manera directa el modelo constitucional de la economía de mercado.

La segunda especie de derechos socioeconómicos que propusimos al momento de presentar la clasificación propuesta se corresponde por excelencia al modelo social del Estado, establecido en el preámbulo y en el artículo 1 inciso 1 de la Constitución española de 1978.

Por ende y conforme a aquella clasificación se ubican aquí los derechos tuitivos del trabajo y de la seguridad social. Sin embargo, en el caso español, se verá que **estos bienes representan una naturaleza jurídica diversa a los derechos subjetivos fundamentales reconocidos en el texto supremo, según la posición doctrinaria que se adopte**. Es decir, los variados enfoques doctrinales y jurisprudenciales sostienen diferentes posturas acerca de la naturaleza jurídica de los preceptos, en especial los que se ubican en el Capítulo III del Título I de la Constitución española de 1978. Más adelante nos preocuparemos por presentar parte de tal debate.

El listado de cláusulas referidas a la protección del trabajo –y de los trabajadores- y de la seguridad social es el que oportunamente será analizado y que surgen de los artículos 28, 35, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 47, 48, 49 y 50 de la Constitución española.

Esquemáticamente, es posible representarlo de la siguiente forma:

Articulado constitucional español	Derecho / Principio rector de la políticas social y económica	Ubicación topográfica constitucional
28 inciso 1	Derecho a la libre sindicalización	Derechos fundamentales (Sección 1ª, Capítulo II)
28 inciso 2	Derecho a la huelga	
35	Derecho y deber de trabajar	Derechos constitucionales (Sección 2ª, Capítulo II)
37 inciso 1	Derecho a la negociación colectiva laboral	
37 inciso 2	Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo	
39	Protección social, económica y jurídica de la familia	Principios rectores de la política social y económica (Capítulo III)
40 inciso 1	Promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico y distribución de la renta regional y personal más equitativa	
40 inciso 2	Derecho/fomento de las condiciones dignas de trabajo	
41	Derecho/fijación de la seguridad social	
42	Derechos/protección de los trabajadores españoles en el extranjero	
43	Derecho de la salud y su protección	
47	Derecho de disfrute de una vivienda digna y adecuada	
48	Derecho/promoción de la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural	
49	Derechos/atención de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos	
50	Derechos/promoción del bienestar de la tercera edad	

Como se observa en el cuadro sinóptico, el extenso articulado constitucional español enumera, a grandes rasgos, un conjunto amplio de pautas jurídicas o necesidades sociales⁵⁴¹ referidas al trabajo y a la seguridad social recogidas en un orden normativo.

Es decir, **quince preceptos directos**, más **aquellos derivados** (por ejemplo, el derecho a un trabajo remunerado y los beneficios de la seguridad social de las personas privadas de la libertad, artículo 25, inciso 2 de la Constitución española) y los que **indirectamente pudieran interpretarse** del texto fundamental español o también llamados derechos laborales inespecíficos⁵⁴² (por ejemplo la conciliación de la vida laboral, familiar y personal⁵⁴³).

Previo a adentrarnos en el análisis de la naturaleza jurídica de los preceptos sociales, es preciso hacer mención a la claridad que observan algunos de ellos. Veamos.

Los preceptos socioeconómicos recogidos en el artículo 28 (en sus dos incisos) de la Constitución española no revisten mayores dudas acerca de su naturaleza jurídica. Son derechos fundamentales en atención a su estructura y ubicación topográfica de la norma suprema.

En segundo término, las pautas socioeconómicas reconocidas en los artículos 35 y 37 (este último en sus dos incisos) y atento a que se encuadran dentro del Capítulo II –si bien, en la sección segunda- del Título I de la Constitución española, la conclusión preliminar y provisoria a la que aquí arribamos es que constituyen derechos subjetivos. Más adelante profundizaremos este análisis.

Finalmente, los contenidos socioeconómicos expuestos en los artículos 39 a 50 del texto supremo español son los que presentan otro tipo de dilema, en este caso en torno a su exigibilidad y operatividad. A su vez poseen diferentes características –según su contenido y naturaleza jurídica reconocida- que seguidamente serán analizadas.

Sobre este debate referido a la fuerza vinculante y al grado de operatividad de los derechos constitucionales o principios rectores referidos al trabajo, el presente estudio no pretende

⁵⁴¹ Añón Roig, María; Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, Pág. 265.

⁵⁴² Manuel Palomeque López expone que otros derechos constitucionales de carácter general y, por ende, no específicamente laborales pueden ser ejercitados por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, “por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Se produce así una “impregnación laboral” de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados (también eventualmente por empresarios) a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo”. A modo de ejemplo es posible enumerar el derecho de igualdad y de no discriminación en las relaciones laborales, el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen en el ámbito de la relación laboral, a la libertad de expresión, a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delitos o faltas, entre otros. Palomeque López, Manuel; Los derechos laborales en la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Págs. 31 y 32.

⁵⁴³ El debate sobre si este precepto constituye un derecho social o un principio rector ha sido abordado, entre otros autores, por Ruiz-Rico Ruiz, Catalina; “La conciliación de la vida laboral, familiar, y personal en el actual contexto económico: ¿derecho social o principio rector?” (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.

ahondarlo acabadamente. Ello corresponde a la teoría general o filosofía del derecho y a lo allí expuesto por los trabajos precedentes nos auxiliaremos.

Más bien -y en otro sentido- el trabajo de tesis profundiza la investigación dogmática española de los derechos del trabajo y la seguridad social en sus aspectos centrales, por cuanto los conectan y se interrelacionan como parte integrante del conjunto que componen la Constitución socioeconómica. Ello a los fines de su posterior comparación con el caso argentino, tal como lo evidencia el objeto del presente trabajo.

Sin embargo, resulta atinado formular seguidamente algunas aproximaciones esquemáticas sobre las diversas posturas que la doctrina constitucional española ha esbozado acerca de la naturaleza jurídica de las cláusulas socioeconómicas que se enrojan bajo el Capítulo III del Título I de la Constitución española.

a) Naturaleza jurídica de los preceptos socioeconómicos del Capítulo III (del Título I) en la Constitución española ¿derechos subjetivos o principios rectores de la política social y económica? Diferentes posturas.

El debate acerca de la naturaleza jurídica de los preceptos reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución española ha sido rico y abundante. Expondremos las dos principales posiciones confrontadas para luego avanzar sobre el objeto de esta parte del trabajo: la comparación de derechos/principios rectores de índole socioeconómicos, entre los textos supremos de España y Argentina.

Pero primeramente –siempre referido al caso español- resulta central indagar sobre su naturaleza jurídica, con la finalidad de detallar el alcance que la norma constitucional y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial le atribuyen a lo recogido en la norma suprema.

Primera postura: El Capítulo III de la Constitución española como continente de principios rectores (informadores) de la política social y económica.

En este debate, parte de la doctrina jurídica interpreta que dentro del Capítulo III de la Constitución española se reconocen principios rectores o informadores de la legislación infraconstitucional, pero no derechos subjetivos o fundamentales directamente exigibles (sentido normativo o eficacia jurídica atenuada). Cabe apuntar que no todos los preceptos del

Capítulo III citado son principios rectores⁵⁴⁴, pero hasta tanto no los distingamos, utilizaremos tal denominación. Veamos algunas posiciones de los autores del derecho público.

Fernando Garrido Falla, uno de los principales promotores de esta posición, estima que mientras una norma no posea una garantía para su efectividad –verbigracia, artículo 53 inciso 3 de la Constitución española–, técnicamente, no resulta jurídicamente eficaz o exigible⁵⁴⁵.

Eduardo García de Enterría es categórico al afirmar que todos los jueces (y los sujetos públicos y privados) están vinculados a la constitución y llamados a su aplicación. Sin embargo, reconoce que no todos los artículos de la constitución española tienen un mismo alcance y una misma significación normativa.

La distinción que formula el artículo 53 (derechos fundamentales y derechos básicos), para el autor, “sólo opera a los efectos de dispensar a los derechos básicos una protección judicial reforzada (amparo ordinario y constitucional, artículo 53 inciso 2). Pero, respecto a los principios rectores de la política social y económica, se apoya en la doctrina constitucional alemana de “determinaciones de fin del Estado” ya que son algo más que meras normas programáticas⁵⁴⁶ por lo que poseen aplicabilidad judicial. Sin embargo seguidamente agrega que la Constitución “no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del estado como fines determinados de su misión, nada más”⁵⁴⁷.

En esta postura, Ignacio de Otto agrega que ante la eventual ausencia de una norma legal de contenido social, un tribunal no podrá declarar el derecho a tal valor. La Constitución pretende, para el autor, evitar que los tribunales se sitúen en la posición del legislador⁵⁴⁸.

Javier Jiménez Campo opina que los principios rectores de la política social y económica recogidos en el texto español son pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de imponer, o cuando menos justificar determinadas políticas públicas. Son entonces, “derechos aparentes” ya que sólo serán alegables “de acuerdo a lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, tal cual reza el artículo 53 inciso 3, *in fine* de la Constitución española⁵⁴⁹.

Luciano Parejo Alfonso estima que dentro de la Constitución económica se encuentran normas que por su diferente ubicación sistemática, de naturaleza, consistencia y eficacia jurídica

⁵⁴⁴ Cossio Díaz, Ramón; Estado social y derechos de prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, Pág. 284.

⁵⁴⁵ Garrido Falla, Fernando; “Artículo 53”, en Garrido Falla, Fernando y otros; Comentarios a la Constitución española de 1978, Cívitas, Madrid, 2001, Pág. 973.

⁵⁴⁶ O también, en palabras de Fernando Garrido Falla, declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico. Garrido Falla, Fernando; “El artículo 53 de la Constitución”, en Revista Española de derecho administrativo, Cívitas, Madrid, nº 21, 1979, Págs. 173 a 188.

⁵⁴⁷ García de Enterría, Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal constitucional, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, Págs. 74 a 76.

⁵⁴⁸ De Otto, Ignacio; Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, Pág. 49.

⁵⁴⁹ Jiménez Campo, Javier; Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Editorial Trotta, Madrid, 1999, Pág. 123.

heterogénea, en algunas se emplean conceptos más que indeterminados, abiertos, carentes de rigor y precisión jurídica. En su criterio aplica una negación del carácter de “derechos” directamente actuales para los principios rectores de la política social y económica (es decir, los del Capítulo III del Título I) y atribuye a los mismos exclusivamente la condición de principios informantes de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos para su reconocimiento, respeto y protección⁵⁵⁰.

Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui dividen –en el plano de los derechos socioeconómicos– los derechos de ámbito laboral y los derechos de ámbito económico y social. Sobre los principios rectores de la política económica y social estiman que poseen una fuerza normativa y un sistema de garantías atenuado, adoptando una posición más flexible que las anteriores. Pero aclaran que los preceptos distan de ser homogéneos, tanto del punto de vista de su contenido, como atendiendo a su estructura jurídica. Los agrupan de la siguiente manera:

- Normas sobre protección de la familia (artículo 39 de la Constitución española)
- Normas relativas a la protección de los trabajadores (artículos 40 a 42)
- Normas referidas a la protección de los sectores sociales (artículos 39 inciso 4, y 48, 50 y 49)
- Normas relativas a la protección de los ciudadanos como demandantes, consumidores o usuarios de determinados bienes y servicios (artículos 51, 43, 44 inciso 1 y 47)
- Normas relativas a la protección de determinados bienes materiales (artículos 45 y 46)
- Normas que enuncian fines generales de la acción estatal (artículos 40 inciso 1 y 44 inciso 2)

En referencia al valor jurídico de los principios rectores de la política económica y social, los autores estiman que: i) son mandatos al legislador, en virtud de lo dispuesto por el artículo 53 inciso 3 de la norma suprema; ii) son vinculaciones al poder ejecutivo y a las Administraciones públicas; iii) sobre los jueces y legisladores, les sirven de guía para sus resoluciones, es decir poseen una “eficacia interpretativa”; iv) poseen mecanismos institucionales de protección, entre ellos la iniciativa popular, el derecho de petición o de queja o la queja al Defensor del Pueblo⁵⁵¹.

Francisco Fernández Segado también flexibiliza aún más el entendimiento sobre esta cuestión. Entiende primeramente que los principios rectores de la política social y económica – los cuales en ocasiones incluso los denomina derechos sociales– no son, en sentido técnico jurídico, verdaderos derechos subjetivos fundamentales sino “normas de acción”

⁵⁵⁰ Parejo Alfonso, Luciano; “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en: López Guerra, Luis (coordinador); Estudios de derecho constitucional: homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, Pág. 89.

⁵⁵¹ López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps, Pablo y Satrustegui, Miguel; Derecho constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; volumen I, Págs. 450 a 459

constitucionales dirigidas a los poderes públicos para su actuación. Pero de inmediato sostiene que: i) ello no significa que carezcan de relevancia o sean meras declaraciones retóricas, sino que son un reflejo ineludible de la forma social del Estado español, presentándose en muchos casos como una exigencia insoslayable de la transformación social hacia una sociedad democrática avanzada. El principio de igualdad material exige que aquellos no queden convertidos en mera retórica; ii) la coexistencia heterogénea de preceptos (del Capítulo III) conocen diferentes alcances a partir de, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional, a partir de la tutela de la dignidad de la persona y la igualdad⁵⁵².

Para Martín Bassols Coma, si bien los principios rectores de la política económica y social forman parte de la Constitución entendida como norma jurídica, su efectividad material requiere de una ley de desarrollo. Estos poseen “una eficacia interpretativa de primer orden, sirven de orientación, estimulación, y promoción de la política económica de los poderes públicos rescatándola de la pura exigencia coyuntural y partidista, se interconexionan con los demás derechos de contenido económico del Capítulo II (en especial el derecho de propiedad y libertad de empresa) generando cláusulas de contenido social que coadyuvan a definir o a delimitar el contenido esencial de éstos, otorgando legitimidad a las leyes reguladoras de los mismos”⁵⁵³.

Tal como se observa, esta postura -que acota la naturaleza jurídica de los principios rectores del Capítulo III del Título I de la Constitución española a principios informadores- **encuentra posiciones más o menos flexibles.**

Unas rígidamente caracterizan los principios de rectores de la política económica y social como **principios informadores de contenido eminentemente programático.**

Otras parecen ser más cercanas al reconocimiento de tales principios como “derechos” (derechos sociales). Se asemejan a los temperamentos que sí le asignan esa naturaleza jurídica a los preceptos reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución española, aunque por alguna razón prefieren atribuirles otras técnicas jurídicas de protección, diferentes a la categorización de “derechos”.

En la **jurisprudencia**, la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 36/1991 ha dicho que *“los niños gozarán en España de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, de manera que, en cierto modo, opera una recepción genérica de esas normas de protección que, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 10.2 no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (art. 53.3) los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos jurídicamente actuables”*⁵⁵⁴.

⁵⁵² Fernández Segado, Francisco; El sistema constitucional español, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, Pág. 479.

⁵⁵³ Bassols Coma, Martín; Constitución y sistema económico, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, Pág. 99.

⁵⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 36/1991, de 14 de febrero de 1991 (el subrayado es agregado).

Enrolada en la misma postura y en la sentencia del mismo cuerpo nº 14/1992⁵⁵⁵, sobre preceptos referidos a los usuarios y consumidores, ha expuesto que “Este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios”.

En cuanto a la posibilidad de recurrir a la exigibilidad de aquellos los principios rectores frente a la eventual inacción de los poderes constituidos (es decir la eficacia de la fuerza normativa de un precepto constitucional), la jurisprudencia constitucional ha puesto en evidencia -en la sentencia nº 45/1989- que “la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, atender aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador”⁵⁵⁶.

En conclusión, sobre ciertos preceptos recogidos en los principios rectores de la política económica y social, la jurisprudencia constitucional mantiene una postura mayoritariamente renuente a su consideración como derechos públicos subjetivos.

Segunda postura: El Capítulo III de la Constitución española como continente de derechos subjetivos. Diferentes variantes.

Dentro de otro grupo de autores, se ubican algunos que entienden que los principios rectores de la política económica y social constituyen derechos –sociales, en este caso-. Por un lado, algunos les reconocen cierto nivel de debilidad (derechos debilitados o “debilidad normativa”, cuestión que por ejemplo, Fernando Rey Martínez rechaza⁵⁵⁷). Otros, encuentran allí verdaderos derechos subjetivos. Incluso –desde algunas posiciones- han llegado a denominarlos derechos fundamentales. Veamos lo expuesto por la literatura jurídica.

Entre los primeros, Juan Gavara de Cara reconoce la dependencia de la protección jurídica de los derechos sociales de la regulación normativa infraconstitucional. Por eso, y para el autor, los derechos sociales no son meros pronunciamientos programáticos carentes de virtualidad normativa, sino que “la norma constitucional que establece estos derechos sociales se considera

⁵⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 14/1992, de 10 de febrero de 1992 (el subrayado es agregado). Ver también la sentencia del mismo órgano nº 199/1996 de 3 de diciembre de 1996.

⁵⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 45/1989, de 20 de febrero de 1989.

⁵⁵⁷ Rey Martínez, Fernando; “Derribando falacias sobre derechos sociales” (comunicación), IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011, Pág. 1.

directiva de interpretación en relación a los conceptos indeterminados, de forma que como directiva debe ser observada y respetada en el caso del ejercicio de la discrecionalidad administrativa”. Agrega que en el ordenamiento constitucional español, tanto la prohibición de exceso de restricción como la prohibición de defecto de protección son susceptibles de integrarse en la interdicción de arbitrariedad de las decisiones legislativas previstas en el artículo 9 inciso 3 de la Constitución española⁵⁵⁸. Los criterios de irretroactividad de los derechos individuales y la interdicción de arbitrariedad son parte del apoyo en el reconocimiento de los derechos sociales constitucionales.

Sucede que la libertad es una condición imprescindible para la acción que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales –entre ellos bienes de contenido prestacional- que pretenda perseguir y son, de esta manera, expresión de la dignidad humana y de su consideración como fin en sí, como algo valioso, como apunta Gregorio Peces-Barba Martínez⁵⁵⁹.

Javier Pérez Royo avanza aún más y encuentra, -dentro de algunos de los principios rectores- ciertas directrices por las cuales les cabría ser concebidos como derechos fundamentales. A modo de ejemplo enumera la protección familiar, económica, cultural y científica, entre otras⁵⁶⁰.

Clara Marquet Sardà, Miguel Aparicio Pérez y Mercè Barceló i Serramalera directa y tajantemente rechazan las interpretaciones jurídicas que le restan eficacia jurídica a los derechos sociales. Explican su proyección como derechos en torno al despliegue operacional de los tres poderes del Estado conforme a sus competencias. Empero sí reconocen la necesidad de actuación por parte del legislador⁵⁶¹.

Pedro Tenorio enumera algunos derechos sociales que son a su vez derechos fundamentales, entre ellos, el derecho de igualdad (y su despliegue en los derechos sociales), el derecho de sindicalización y el derecho al medioambiente. Luego asume que los principios rectores de la política social y económica, contenidos entre los artículos 39 y 52 de la Constitución española lo primero que debe señalarse es que por razón de su ubicación en la Constitución, en virtud del

⁵⁵⁸ Gavara de Cara, Juan; La dimensión objetiva de los derechos sociales, Editorial Bosh, Barcelona, 2010, Págs. 51 y 53.

⁵⁵⁹ Peces-Barba Martínez, Gregorio; Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general. Edición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado español, Madrid, 1995, Pág. 215. También, Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio y De Asís Roig, Rafael (directores); Historia de los Derechos Fundamentales; Editorial Dykinson, Madrid, 2001, Tomo II, Pág. 265.

⁵⁶⁰ Pérez Royo, Javier; Curso de derecho constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, Págs. 444 y 445

⁵⁶¹ Aparicio Pérez, Miguel, Barceló i Serramalera, Mercè y Marquet Sardà, Clara; Manual de Derecho Constitucional, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, Pág. 779.

artículo 53 inciso 3 de la misma norma “son los derechos, intereses o posiciones jurídicas subjetivas más débilmente protegidos por nuestra Constitución”⁵⁶².

Antonio Pérez Luño se ubica entre las posiciones que fundamentan la inclusión de los principios rectores en la categoría de derechos subjetivos. Apunta que “conviene, al propio tiempo, advertir que la necesidad de desarrollo legislativo de los derechos fundamentales constitucionalizados como valores y principios, así como de aquellos que han sido enunciados en forma de cláusulas generales no deben conducir a interpretaciones que menoscaben o comprometan su significación normativa o, menos aún, que impliquen la negación de su *status* jurídico-positivo. De ahí que deba rechazarse como falaz la tesis que sostiene la imposibilidad de su invocación y aplicación hasta tanto no se hubieren promulgado las leyes que los reglamenten”⁵⁶³.

Luis Prieto Sanchís entiende que la proclamación del valor normativo de los principios rectores es frecuente en la jurisprudencia constitucional, si bien la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones constitucionales relevantes para el caso. Nuevamente el carácter heterogéneo de los preceptos obstaculiza ofrecer pautas generales para las formas de tutelas de los derechos sociales.

La mayor parte de los derechos prestacionales (o derechos preponderantemente de prestación, tal como acuñamos en el presente trabajo de tesis) aparece recogida en el Capítulo III del Título I. Por tanto, se ve afectada por el artículo 53 inciso 3 de la Constitución española, por cuanto los principios rectores/derechos prestacionales “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Según continúa razonando el autor, en modo alguno puede suponerse que los artículos 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los tribunales ordinarios, ya que si su reconocimiento, respeto y protección debe informar la “práctica judicial”, es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán –a su entender- ser aplicados por los tribunales.

En concreto y para el nombrado expositor, la “exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos prestacionales, ni siquiera impide que pueda apreciarse en ellos una dimensión subjetiva. Primero, porque la intervención del legislador es *necesaria* para articular derechos subjetivos accionables ante los tribunales y sólo *conveniente* para perfilar los contornos de unos derechos que ya existen en y desde la Constitución. Y, segundo, porque el desarrollo legislativo resulta también imprescindible en otros muchos

⁵⁶² Tenorio, Pedro; “Garantías, valor y eficacia de la cláusula del Estado social y de los derechos sociales a la luz de nuestra jurisprudencia constitucional” (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.

⁵⁶³ Pérez Luño, Antonio; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Págs. 63 y 64.

derechos fundamentales del mismo modo que en la hipótesis (absurda) de que el Estado decidiese dismantelar la organización de justicia o en la (no tan absurda) de que quisiera hacer lo propio con el sistema público de enseñanza, ni el derecho a la tutela judicial ni el derecho a la educación dejarían de ser derechos constitucionales, así tampoco los derechos prestacionales deben su existencia a la actitud del legislador”. Por lo tanto, el precepto no impide que por vía interpretativa se perfilen pretensiones subjetivas a partir de enunciados prestacionales, aunque se reconoce que esa interpretación no pueda producirse en el curso de un proceso ordinario iniciado por el sujeto titular con el único apoyo de un principio rector.

Finalmente Luis Prieto Sanchís concluye que, con desarrollo legislativo o sin él, si los derechos prestacionales del Capítulo III han de informar la práctica judicial, es que pueden ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios, cualquiera que sea la vía judicial utilizada (incluso ante el Tribunal Constitucional)⁵⁶⁴, sin importar su indeterminación, o lo que es lo mismo, sin que su propia indeterminación las condene a su inaplicabilidad, según José Cascajo Castro⁵⁶⁵.

De eventualmente desconocer su carácter jurídico vinculante, el ordenamiento español estaría, a entender de Luis Prieto Sanchís, “en presencia de una suerte de “desconstitucionalización” operada por la propia Constitución, que aquí habría dejado de ser una norma vinculante para convertirse en una bienintencionada recomendación”⁵⁶⁶.

Manuel Zorrilla Ruiz y Luis Gordillo Pérez, más permeables a la diferenciación, clasifican los derechos sociales en tres categorías, atendiendo al grado de protección que la Constitución española les otorga, o al grado de eficacia que despliegan.

En primer término, de derechos sociales con una “protección excepcional” (por ejemplo, artículo 27 inciso 4 “derecho a la educación” o artículo 28 inciso 1 “derecho a la libre sindicación”. Estos derechos poseen, para los autores, el refuerzo de la rigidez derivada del proceso de reforma extraordinario (o agravado) al que se hayan sujetos (artículo 168 de la Constitución española), necesitan de ley orgánica para su desarrollo (artículo 81.1 de la misma norma), que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 de la norma fundamental) y son susceptibles de tutela a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 del mismo texto).

En segunda clasificación, otro grupo de derechos sociales serían objeto de una “protección ordinaria”, como el derecho y deber de trabajar (artículo 35 de la Constitución española), el

⁵⁶⁴ Prieto Sanchís, Luis; “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 22, Madrid, 1995, Págs. 9 y ss.

⁵⁶⁵ Cascajo Castro, José; La tutela constitucional de los derechos sociales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, Pág.

⁵⁶⁶ Prieto Sanchís, Luis; “El constitucionalismo de los derechos”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 71, mayo-agosto de 2004, Madrid, Págs. 67 y ss.

derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 del texto supremo). Éstos enunciados disfrutarían de una protección más atenuada: rigidez propia de la reforma ordinaria (artículo 167 del texto supremo español), respeto al contenido esencial en la regulación mediante ley y vinculación de los poderes públicos (artículo 53 inciso 1 de la Constitución española).

En tercer lugar, ubican una última categoría de derechos sociales “mínimamente protegidos”, entre los que señalan el mantenimiento de un régimen público de seguridad social (artículo 41 del texto español), el derecho a la protección de la salud (artículo 43, inciso 1 de la misma norma) o el derecho a una vivienda digna (artículo 47 del texto supremo). Esta tercera categoría de derechos refieren a la aplicación del artículo 53 inciso 2 de la Constitución española.

En base a esta clasificación, los autores apuntados estiman que “siguiendo los tres párrafos del artículo 53, el constituyente habría establecido una suerte de jerarquía (aparentemente absoluta): unos que despliegan el máximo de efectos (incluyendo el amparo ante el Tribunal Constitucional), otros que aunque han de ser desarrollados por ley condicionan el contenido de éstas y otros que han de informar la legislación. Lo cierto es que estos últimos, a pesar de sus aparentes tenues efectos, sí establecerían un umbral mínimo contra el que el legislador ordinario no podría operar. A pesar de la aparente rigidez con que estos derechos quedan compartimentalizados, lo cierto es que la práctica y la jurisprudencia constitucionales han establecido ciertos vasos comunicantes de forma que derechos *a priori* excluidos del recurso de amparo, de hecho, han acabado siendo amparados por este remedio a través de su inclusión en alguno de los derechos susceptibles de esta protección: así, v.gr. al derecho de negociación colectiva (artículo 37.1) le alcanzan las garantías de la libertad sindical (artículo 28.1)”⁵⁶⁷.

En síntesis resulta apropiado formular una diferenciación de los preceptos contenidos en el Capítulo III de Título I de la Constitución española, entre los que se encuentran (además de asumir la categoría de “derechos”, según la postura que aquí se desarrolla); i) mandatos constitucionales de optimización, entendiendo por ello principios que imponen que el valor que expresan se realice en cada momento en la medida de lo jurídica y fácticamente posible; ii) mandatos simples de regulación al legislador que no imponen tareas permanentes al Estado (por ejemplo la obligación de permitir legalmente la investigación de la paternidad, conforme el artículo 39, inciso 2 de la Constitución española); iii) preceptos que contienen simples reservas de ley; iv) normas de igualdad (ejemplo, la igualdad de los hijos independientemente de la filiación, artículo 39 inciso 2); v) garantías institucionales (seguridad social en los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1994⁵⁶⁸).

⁵⁶⁷ Zorrilla Ruiz, Manuel y Gordillo Pérez, Luis; “Reflexiones sobre los niveles de garantía de los derechos sociales y principios rectores”, (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011, Pág. 6.

⁵⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1994 de 10 de febrero de 1994.

Además –en razón de lo que han expuesto este grupo de autores-, los principios rectores son normas vinculantes, destinadas a las autoridades públicas, en especial al legislador y que: i) postulan determinadas políticas legislativas y elevan la protección de determinados bienes jurídicos a la categoría de fines del Estado (es decir, fines públicos a conseguir en cumplimiento de la Constitución); ii) posibilitan el control constitucional de las leyes de desarrollo; iii) este mandato de actuación favorable implica la prohibición de cualquier actuación estatal que perjudique a estos principios; iv) justifican limitaciones de derechos fundamentales o de otros bienes constitucionales (patrimoniales o extramatrimoniales); v) identifican grupos de personas necesitados de especial protección (familia, niñez, tercera edad, entre otros); vi) legitiman las exacciones patrimoniales coactivas de carácter específico que los poderes públicos impongan a los particulares (derecho constitucional presupuestario), así como el sostenimiento de los servicios necesarios con cargo a los ingresos públicos generales; y, finalmente, aunque con las diferentes variantes mencionadas en relación a la doctrina constitucional española, vi) son normas programáticas, que efectivamente tienen el mero valor informador a que hace referencia el artículo 53, inciso 3 de la Constitución española.

La **jurisprudencia constitucional** ha sostenido –en relación al entendimiento de los principios rectores de la política social y económica en clave de exigibilidad que- en que el artículo 53 inciso 3 de la Constitución española impide considerar a los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I como “normas sin contenido, y obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”⁵⁶⁹. En similar sentido gira la Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 119/2001⁵⁷⁰.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 208/1993 ha dicho que “*son dos las infracciones de derechos fundamentales denunciadas en el presente recurso de amparo. En primer lugar, la del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. porque la Sentencia de la Audiencia carecería de la motivación judicial mínimamente exigible sobre si las medidas adoptadas por la empresa vulneraban o no disposiciones legales y convencionales. En segundo lugar, la del derecho de libertad sindical, por haber reconocido las Sentencias de instancia y suplicación el carácter antisindical de las medidas de la empresa objeto de impugnación en el procedimiento de conflicto colectivo*”⁵⁷¹

⁵⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 19/1982, de 5 de mayo de 1982.

⁵⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 119/2001, de 24 de mayo de 2001, en relación al derecho al ambiente sano.

⁵⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 208/1993, de 28 de junio de 1993.

b) Enumeración, contenido y objeto de los derechos laborales

- Derecho de libre sindicalización.

El artículo 28 inciso 1 de la Constitución española establece que *“Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”*.

El precepto posee una íntima relación con el artículo 7 de la norma suprema española que dispone que *“Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”*.

La Constitución española reconoce el derecho de todo trabajador a la libre sindicalización, sin perjuicio de las excepciones fijadas en su artículo 127 inciso 1 respecto a ciertos funcionarios públicos (jueces, magistrados y fiscales en actividad).

La sindicalización –o libre sindicalización- está orientada a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales, a lo cual cabe añadirle cierto tamiz político, en virtud de lo dispuesto por el artículo 131 inciso 2 en cuanto al “asesoramiento y colaboración” del Gobierno en la elaboración de los proyectos de planificación.

Es preciso mencionar que lo expuesto se diferencia de la regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de sus intereses económicos, pautando el carácter democrático de su estructura interna y funcionamiento, tal como lo reconoce el artículo 52 de la Constitución española.

Jorge De Esteban y Pedro González Trevijano entienden que la libertad de sindicalización orienta el necesario equilibrio entre la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 de la Constitución española) y los derechos de los trabajadores. A su vez desgranar e identifican el derecho a: i) fundar sindicatos; ii) afiliarse a sindicatos; iii) elegir representantes gremiales; iv) desarrollar actividad sindical; v) confederarse sindicalmente; vi) no afiliarse a gremio alguno⁵⁷².

⁵⁷² De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Tratado de derecho constitucional, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007, tomo II, Pág. 263

Sobre esto último, la jurisprudencia constitucional ha dicho que el artículo 28 de la Constitución *“reconoce la libertad sindical negativa y prohíbe cualquier forma de sindicalización obligatoria sea directa o indirecta”*⁵⁷³.

Una mención particular merece la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas establecida en el artículo 129 inciso 2 de la Constitución española que prevé, como mandato al legislador: i) la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa; ii) el fomento de las sociedades cooperativas; iii) la facilitación del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

La participación de los trabajadores en la vida económica y política repercute en la figura del sindicato, como representación colectiva.

Roberto Uriarte Torrealday explica que la Constitución atribuye a los sindicatos la representación de los intereses respectivos de clase, representación colectiva que se privilegia la individual, aunque sin llegar a anularla⁵⁷⁴.

Así, es posible identificar **la libertad sindical individual (derecho del trabajador a afiliarse -o no, conforme a la expresa mención de la última parte del inciso- a un sindicato) y la libertad sindical colectiva (derecho del sindicato a federarse, y en general al libre ejercicio de la actividad sindical).**

- Derecho de huelga. La variante patronal o *lock out*.

El inciso 2 del artículo 28 de la Constitución española establece que *“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”*.

Por su parte, el artículo 37 inciso 2 de la misma norma prevé que *“Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”*

La huelga -o más ampliamente las medidas conflictivas laborales- consiste en un medio de presión unilateral utilizado por los sujetos colectivos con el fin de propiciar una solución

⁵⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 68/1982, de 22 de noviembre de 1982.

⁵⁷⁴ Uriarte Torrealday, Roberto; El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada, 2005, Pág. 70.

favorable a sus intereses⁵⁷⁵. Alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional español la ha definido más sucintamente como “la paralización parcial o total del proceso productivo”⁵⁷⁶.

Sin embargo sólo la huelga de los trabajadores, en su especificidad, posee jerarquía constitucional en el ordenamiento español. El **cierre patronal (o lock out)** como medida específica, no se encuentra constitucionalmente prohibido, como sí lo hacen otros ordenamientos supremos⁵⁷⁷, sino que forma parte del género amplio de “medidas de conflicto colectivo” que la parte empleadora posee en resguardo de sus derechos conforme el artículo 37 inciso 2 del texto supremo.

Sobre esto, la jurisprudencia ha entendido que no puede haber equiparación entre el derecho a la huelga con el cierre patronal ya que el primero es un derecho fundamental y el segundo un simple derecho cívico que se alza como barrera que impide el derecho a la huelga⁵⁷⁸.

Por otro lado, algunos autores entienden que el cierre patronal no puede enmarcarse en el ámbito constitucional⁵⁷⁹, en razón de los argumentos del Tribunal Constitucional español en la sentencia nº 123/1992 antes señalada.

En todos los casos, la norma fundamental española deriva en el desarrollo legislativo la configuración de los instrumentos de autotutela eficaz y respetuoso de los límites constitucionales en cuanto a afectación de derechos, razonabilidad y resguardo de su contenido esencial. Esto sin perjuicio que la norma ostenta eficacia directa e inmediata, según lo entiende José Monereo Pérez⁵⁸⁰.

Además y también en ambos casos -medidas de conflicto colectivo sea por parte de los trabajadores o sea por parte de los empresarios, ambos sujetos de derecho “constitucionalizados” conforme el artículo 7 de la Constitución-, el ejercicio del derecho debe establecer las garantías necesarias –máximas garantías como se ha dicho⁵⁸¹- que aseguren el mantenimiento y funcionamiento, respectivamente, de los servicios esenciales de la comunidad.

La cláusula del artículo 28 se diferencia de la del artículo 37 de la Constitución española justamente en estos dos conceptos: el “mantenimiento” y el “funcionamiento” de los servicios esenciales de la comunidad.

⁵⁷⁵ Palomeque López, Manuel; Los derechos laborales en la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 53.

⁵⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 123/1992, de 28 de septiembre de 1992.

⁵⁷⁷ A modo de ejemplo, el artículo 60 de la Constitución portuguesa dispone expresamente que “*Se prohíbe el cierre patronal*”.

⁵⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1981, de 8 de abril de 1981.

⁵⁷⁹ De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Tratado de derecho constitucional, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007, tomo II, Pág. 272.

⁵⁸⁰ Monereo Pérez José; “La huelga”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 1058.

⁵⁸¹ Fernández Segado, Francisco; El sistema constitucional español, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, Pág. 423, entre otros.

En este orden de ideas, la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1981 ha aclarado en parte tal diferencia, siempre poniendo de relieve el interés del funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, al afirmar que *“El art. 28 de la Constitución es muy claro en el sentido de que, la ley ha de establecer las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Esta idea se reitera en el art. 37, cuando dicho precepto alude al derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo. Se habla allí de garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, con una fórmula que es literalmente idéntica a la del art. 28.2. Uno y otro precepto significan que el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes o servicios, cede cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. Es claro que ocurre así cuando se impide o se obstaculiza gravemente el funcionamiento de lo que la Constitución llama “servicios esenciales de la comunidad”. En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga. El límite de este último derecho tiene plena justificación y por el hecho de establecerse tal límite no se viola el contenido esencial del derecho”⁵⁸².*

Más recientemente y sobre la autoridad legitimada para resolver el funcionamiento de los servicios esenciales, en la sentencia del mismo cuerpo nº 296/2006 se ha dicho -en relación al artículo 28 inciso 2 de la Constitución española- que *“la facultad de establecer mecanismos que aseguren el funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad está reservada a autoridades gubernativas, políticamente responsables, directa o indirectamente, ante el conjunto de ciudadanos”*⁵⁸³.

- Derecho de trabajar y su dimensión negativa: el deber de trabajar.

El artículo 35 de la constitución española dispone que *“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*

⁵⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1981, de 8 de abril de 1981. El subrayado es agregado.

⁵⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 296/2006, de 11 de octubre de 2006. El subrayado es agregado. Ver en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 36/2007, de 12 de febrero de 2007.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores”.

El trabajo, entendido como derecho, se vincula a la satisfacción de necesidades económicas y sociales. Pero en el mismo sentido se debe alertar sobre la dificultad fáctica o empírica de garantizar universalmente tal bien jurídico, en relación con el sujeto pasivo de tal eventual obligación.

Manuel Palomeque López lo entiende de la siguiente manera. “Es claro que el derecho general al trabajo no atribuye a sus titulares (todos los trabajadores españoles) la habilitación constitucional para obtener en cualquier momento un puesto de trabajo adecuado dentro de la estructura productiva nacional. El ordenamiento jurídico del Estado no puede asegurar un empleo a cada trabajador, no sólo porque el sistema económico no segrega el número de puestos de trabajo suficiente para todos sus demandantes, sino principalmente, y esto es a su vez razón de lo anterior, porque la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es finalmente libre y no viene determinada, sí impulsada o fomentada, por la acción de los poderes públicos”⁵⁸⁴.

Alguna postura se ha esgrimido en relación a la función del trabajo como integración social y el establecimiento de rentas mínimas como elemento de lucha contra la exclusión social. Sobre esto repercutiría el derecho al trabajo y sus ingresos como requisito de la participación social⁵⁸⁵.

Por supuesto que estos criterios, aún con sus variantes más o menos amplias, son opuestos a los casos de **economías centralizadas o dirigidas** en las que el propio Estado es el **titular de los medios de producción** y por ende conduce la capacidad de organización de la estructura económica y ocupacional-laboral de la sociedad. Habrá que indagar, sin embargo, si en aquella hipótesis el concepto de “trabajo” será el mismo que el que constitucionalmente aquí se encuentra bajo análisis.

Es de recalcar que el concepto de trabajo que el Estado constitucional emplea se ejerce en los términos de la **libre voluntad para contratar** –plasmado en un contrato de trabajo o empleo–, **sin perjuicio de la protección que reviste el trabajador en sus derechos especialmente reconocidos**.

Sobre esto último, José Monereo Pérez y Cristóbal Molina Navarrete entienden que el derecho al trabajo conforma una visión cualitativa y social atribuyéndole un sentido humano. Desglosan los siguientes derechos de contenido laboral:

1. Libertad de elección de trabajo (derecho a un empleo libremente elegido);
2. Derecho a la libertad de oportunidades en el acceso al empleo (derecho de crédito a una prestación positiva);

⁵⁸⁴ Palomeque López, Manuel; *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 26.

⁵⁸⁵ Rey Pérez, José; *El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, Págs. 143 y 198.

3. Derecho a trabajar por un salario suficiente (derecho a una renta adecuada a sus necesidades personales y familiares), o el derecho a una remuneración suficiente, o sea un nivel de protección básico en relación con las condiciones socioeconómicas tanto del trabajador y de su familia. Aquí Joaquín García Marcia estima que ello contribuye de manera mediata o indirecta a una mayor igualdad real y efectiva entre individuos y grupos, y finalmente a “intensificar la dosis de democracia”⁵⁸⁶.
4. Derecho alimenticio y promocional a la vez (factor de integración y progreso social – carrera profesional);
5. Derecho a la no discriminación (prohibición de cláusulas vejatorias)⁵⁸⁷.

Por su parte, existen otras pautas en la Constitución española que complementan de forma directa el derecho constitucional del trabajo. Estos suelen ser denominados “derechos laborales inespecíficos” y es posible señalar los siguientes:

1. Formación y readaptación de los profesionales (40 inciso 2 de la Constitución española)
2. Seguridad e higiene en el trabajo (artículo 35)
3. Descanso necesario (40 inciso 2)

En tercer lugar también **se deben destacar derechos conexos a la cuestión laboral -o llamada Constitución laboral-, como por ejemplo los lineamientos de pleno empleo (artículo 40 inciso 1) y el derecho al trabajo de los reclusos (artículo 25 inciso 2).** Sobre este último derecho (el derecho al trabajo de los reclusos) realzamos la diferencia que el constituyente ha trazado en cuanto a la atribución topográfica-constitucional de protección reforzada (y con sus correspondientes consecuencias conforme al artículo 53 inciso 2 de la Constitución), diferenciado del derecho “de todos los ciudadanos” del artículo 35 (artículo 53 inciso 1 de la Constitución española), tal como lo ha recogido la jurisprudencia constitucional⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ García Murcia, Joaquín; “Derecho a una remuneración suficiente”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 1193.

⁵⁸⁷ Monereo Pérez, José y Molina Navarrete, Cristóbal; “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 319.

⁵⁸⁸ Ampliar en: Donaire Villa, Francisco; “La genérica caracterización (y algunos rasgos definitorios específicos) del derecho al trabajo en la jurisprudencia constitucional” (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.

La dimensión obligacional del derecho: el deber de trabajar.

En otro orden de ideas, la Constitución española expresamente le atribuye al trabajo un factor obligacional: **el deber de trabajar**. Este “deber” de trabajar no es en modo alguno jurídicamente exigible, según sostiene Francisco Fernández Segado⁵⁸⁹.

En similar sentido de opinión doctrinaria, Luis Díez Picazo sostiene que el obligar eventualmente a una persona a trabajar sería incompatible con la dignidad humana⁵⁹⁰. Finalmente y aún más específicamente Jorge De Esteban y Pedro González Trevijano sostienen que el “deber de trabajar” no resulta exigible, ni aún en el caso de los reclusos, conforme al artículo 25 inciso 2 de la Constitución española⁵⁹¹.

Francisco Rubio Llorente califica el deber de trabajar como un deber anómalo e inexigible, ya que su imposición se justifica en finalidades no fácilmente discernible. Razona que su inexigibilidad tiene un doble fundamento. En primer lugar, sólo podría imponerse coactivamente si el Estado pudiese ofrecer los medios para trabajar. En España la creación de puestos de trabajo es una función encomendada al mercado, no al Estado, por lo que no cuenta con tal posibilidad, ni aún en la mayor expresión de la planta de empleo público. En segundo lugar, prosigue el autor, tampoco podría, aunque dispusiera de ellos, obligar a nadie a ocuparlos. Ello se justifica ya que junto con el deber de trabajar y el derecho al trabajo, la Constitución garantiza el derecho a la libre elección de profesión u oficio, como así también de forma genérica el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En fin, culmina afirmando categóricamente que “En cuanto que impone, de manera general y abstracta, un deber jurídicamente inexigible, el enunciado del artículo 35 es, no un enunciado jurídicamente irrelevante, sino un absurdo”⁵⁹².

Por lo que resulta y según se interpreta de la mayoritaria doctrina constitucional, el deber de trabajar tiene repercusiones metajurídicas que no impactan en su efectiva exigibilidad en el plano empírico ni en su correlato jurisprudencial.

Ello no quita que teleológicamente, en el ordenamiento constitucional español, el trabajo se posicione como un factor de producción y a la vez como una función social a partir de la cual se impulse la cohesión y la integración de la comunidad.

⁵⁸⁹ Fernández Segado, Francisco; El sistema constitucional español, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, Pág. 408.

⁵⁹⁰ Díez Picazo, Luis; Sistema de derechos fundamentales, Editorial Civitas, Madrid, 2003, Pág. 432.

⁵⁹¹ De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Tratado de derecho constitucional, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007, tomo II, Pág. 370.

⁵⁹² Rubio Llorente, Francisco, “Los deberes constitucionales”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 62, mayo-agosto de 2001, Madrid, Pág. 31.

El caso de la especial protección de los trabajadores españoles en el extranjero.

En otro orden de ideas, la Constitución española recoge pautas sobre la protección de los trabajadores españoles en el extranjero. El artículo 42 de esa norma fija que *“El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno”*.

La **protección de los emigrantes españoles** es un mandato a regular por el legislador ordinario –según lo impone el texto supremo–, pero también por los instrumentos internacionales que en materia migratoria y laboral que eventualmente pudieran ser suscriptos. Es entonces, una imposición al legislador ya que la norma exige una “especial” protección de los trabajadores españoles que se encuentren –temporal o definitivamente, ya que la norma no formula tales distinciones– residiendo fuera del territorio de España.

El precepto además fija los lineamientos de las políticas públicas destinadas a los trabajadores mencionados, las cuales deben **orientarse hacia su retorno**.

Evidentemente la norma aprobada hace referencia a la realidad política y social reinante en la época de su sanción, como así también al carácter emigratorio que, en su tiempo, experimentó parte del colectivo asalariado en España. Cabe apuntar, comparativamente que, de la misma forma lo hizo, por ejemplo, el artículo 35 de la Constitución italiana de 1947⁵⁹³.

Atento a su aspecto temporal, resulta útil conectarlo con el artículo 31 de la Constitución española de 1931, la cual reconocía el derecho a emigrar, cuestión que se encuentra implícita en el texto del año 1978⁵⁹⁴.

- Derecho a la negociación colectiva laboral.

Seguidamente, el artículo 37 inciso 1 de la Constitución española dispone que *“La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.”*

El texto supremo califica expresamente a los **convenios colectivos de trabajo** como una fuente material del derecho, de índole jurídico-laboral, emanada como consecuencia de la autonomía de las partes negociadoras y pactantes, es decir los representantes de los trabajadores y los empresarios.

⁵⁹³ El artículo 35 de la Constitución de la República Italiana establece que *“La República...reconoce la libertad de emigración, salvando las obligaciones establecidas por la ley en pro del interés general, y defenderá a los trabajadores italianos en el extranjero”* (el subrayado es agregado)

⁵⁹⁴ Ampliar, entre otros, en: Cases, José; “Protección de los emigrantes: artículo 42”, en Alzaga Villaamil, Oscar; Comentario a la Constitución española de 1978, Editorial de las Cortes Generales, Madrid, 1998, tomo IV, Págs. 133 a 164 y Gálvez Montes, Javier; “Artículo 42”, en: Garrido Falla, Fernando y otros; Comentarios de la Constitución, Editorial Cívitas, Madrid, 2001, Págs. 871 a 877.

La intervención del Estado en la elaboración de esta fuente del derecho se ubica en una posición subordinada y complementaria de la autonomía colectiva de las partes.

Los representantes de los trabajadores y los empresarios titularizan el derecho de hacer valer frente al Estado la legitimidad de la autorregulación de sus respectivas relaciones, que a la vez forma parte del contenido esencial de la libertad sindical colectiva⁵⁹⁵. Conforme a la doctrina española, es una reserva constitucional de autonomía colectiva que la normativa estatal no sólo está obligada a interferir, sino también a garantizar⁵⁹⁶.

El derecho de recurrir a la negociación colectiva no implica, por supuesto, que tal negociación deba alcanzar cierto resultado. Pero la ley que reglamente el procedimiento debe asegurar el libre ejercicio y facilitar la negociación, preservando la autonomía colectiva de eventuales injerencias abusivas para cualquiera de las partes representativas.

Por otra parte, el texto español guarda silencio acerca del criterio para la determinación de la representatividad efectiva del eventual sujeto negociador, cuestión que queda a determinar por el legislador ordinario.

La fuerza vinculante de los convenio colectivos implica su obligatoriedad automática como fuente del derecho o bien, como ha entendido el Tribunal Constitucional español que *“la fuerza vinculante de los Convenios” no significa que esta fuerza venga atribuida ex lege. Antes, al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario*”⁵⁹⁷.

Esto sin perjuicio que, no obstante su fuerza normativa, el convenio colectivo de trabajo deba someterse a las normas que poseen rango jerárquico superior dentro del sistema jurídico escalonado de fuentes del derecho.

- La protección de la familia y las condiciones favorables para el progreso social y económico

La familia, entendida como institución, encuentra tutela constitucional en el ordenamiento jurídico supremo. El artículo 39 de la Constitución española dispone que *“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

⁵⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 70/1982, de 29 de noviembre de 1982.

⁵⁹⁶ Palomeque López, Manuel; Los derechos laborales en la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 26.

⁵⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 58/1985, de 30 de abril de 1985.

3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

4. *Los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.*

Por su parte y en forma complementaria, el artículo 40 del texto supremo español afirma que “1. *Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.*

2. *Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales: velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizaran el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.*

La protección de la familia en su dimensión social, económica y jurídica se encuentra comprendida dentro del espectro de tutela del constitucionalismo español. Resulta evidente que el legislador ordinario debe especificar, el menos mínimamente, el alcance del precepto.

Así parece entenderlo el Tribunal constitución español en la sentencia nº 222/1992, por ejemplo al atender un asunto sobre la eventual prórroga y subrogación de los contratos de locación urbana y la protección de la familia. El órgano jurisdiccional ha dicho que “*lo que la norma fundamental dispone es sólo que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, y es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado*”⁵⁹⁸.

La “*a priori* no obligación constitucional” de los poderes públicos para la protección social, económica y jurídica de la familia que transcribe el intérprete constitucional da cuenta de los vaivenes del debate sobre la fuerza normativa de los preceptos sociales y prestacionales.

Cabe destacar que la protección de la familia se vincula íntimamente con aspectos socioeconómicos de la vida cotidiana, como por ejemplo la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Catalina Ruiz-Rico Ruiz explica que en ella se concitan categorías jurídicas diversas como el derecho constitucional de igualdad y, simultáneamente diversos principios rectores

⁵⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 222/1992, de 11 de diciembre de 1992. El subrayado es agregado.

relacionados con la protección de la familia, de los hijos, discapacitados y, en definitiva, de la salud⁵⁹⁹.

Por otro lado y sobre el precepto contenido en el artículo 40, Roberto Uriarte Torrealday reconoce la naturaleza programática del precepto, que además posee la función de orientar la actividad del Estado. Sin embargo, explica que esta naturaleza programática no significa que carezca de eficacia ya que se trata de una norma jurídica vinculante, como todos los preceptos incorporados en el texto supremo.

Para el autor, ello se instrumenta, por ejemplo, en la imposibilidad de legislar en sentido contrario porque impone la emanación de las normas y actuaciones necesarias para lograr los fines buscados. Las consecuencias jurídicas radican en su carácter normativo (relacionado con el artículo 9 inciso 1 de la constitución española), el efecto vinculante para los poderes públicos, aunque reconoce la diferencia de grados y tiempos en su efectiva concreción⁶⁰⁰.

Todo lo expuesto en relación con la protección integral de la familia se vincula íntimamente con el derecho a la seguridad social que seguidamente se analiza.

- Derecho de la seguridad social.

El artículo 41 de la Constitución española reconoce que *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

La seguridad social conforma el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra determinados riesgos de concreción individual o, dicho de otro modo, para la prevención y remedio de riesgos personales, mediante el despliegue de una serie de prestaciones individuales económicamente evaluables, que atienden o suplen situaciones de necesidad denominadas contingencias.

El beneficio de esta seguridad social posee jerarquía constitucional en el ordenamiento español, sea entendida como derecho subjetivo o como principio rector de la política económica y social, según la postura que se asuma. Anteriormente nos hemos referido a las diversas posiciones doctrinarias y allí nos remitimos.

⁵⁹⁹ Ruiz-Rico Ruiz, Catalina; “La conciliación de la vida laboral, familiar, y personal en el actual contexto económico: ¿derecho social o principio rector?” (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.

⁶⁰⁰ Uriarte Torrealday, Roberto; “La redistribución de la renta y el pleno empleo (artículo 40 de la Constitución española)”, en Tajadura Tejada, Javier (director); Las principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, Págs. 46 y ss.

Tales principios observan una íntima relación con el modelo de Estado social de derecho recogido, principalmente en los artículos 1 inciso 1, 9 inciso 2 y concordantes, o como lo ha acogido la jurisprudencia constitucional “*la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como una función del Estado*”⁶⁰¹.

Andoni Pérez Ayala expresa que este derecho conforma el “núcleo duro” del Estado social, el cual temporalmente proviene desde la evolución desde los “socorros públicos” hasta las actuales instituciones de previsión y positivamente, la constitucionalización de los seguros sociales. Refuerza el concepto de la participación de los interesados conforme a los artículos 129 inciso 1 y 148 y 149 de la constitución española.

De esta manera es posible enumerar los siguientes principios constitucionales que enmarcan a la seguridad social:

1. solidaridad;
2. carácter público⁶⁰²;
3. universalidad subjetiva;
4. generalidad objetiva;
5. suficiencia prestacional (incluyendo, a modo de ejemplo, tasa de solidaridad, prestaciones médicas, farmacéuticas)⁶⁰³.

Esto se vincula de gran manera con el derecho a la salud⁶⁰⁴, entendido como derecho social, el cual será abordado mas adelante.

Idoia Tajadura Tejada, justamente y en esta inteligencia, relaciona a la medicina preventiva y la medicina curativa, ambos abarcados por las mencionadas características de universalidad e igualdad⁶⁰⁵. Sobre esto, se debe reconocer que algunas posturas se han alzado en contra de la inclusión del derecho a la salud en el ámbito de la seguridad social⁶⁰⁶.

La jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en referencia a la naturaleza del régimen constitucional de la seguridad social entendida como “función del Estado”.

Expresamente ha reconocido la existencia de un “núcleo” indisponible para el legislador, por cuanto “*El art. 41 C.E. impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o*

⁶⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 103/1983, de 22 de noviembre de 1983.

⁶⁰² Esto con apoyo en la Recomendación nº 69 de la Organización Internacional del Trabajo, de la cual España forma parte.

⁶⁰³ Pérez Ayala, Andoni; “La seguridad social en la Constitución (artículo 41 de la Constitución española”, en Tajadura Tejada, Javier (director); Las principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, Págs. 82 y ss.

⁶⁰⁴ Aparicio Tovar, Joaquín; La seguridad social y la protección de la salud, Editorial Cívitas, Madrid, 1989.

⁶⁰⁵ Tajadura Tejada, Idoia; “La protección de la salud (artículo 43 de la Constitución española), en Tajadura Tejada, Javier (director); Las principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, Págs. 223 y 227, respectivamente.

⁶⁰⁶ Por ejemplo, Segura, Julio; Cabrillo, Francisco y Tortilla, Gabriel; La reforma del Estado asistencial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, Págs. 26 y ss.

mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”⁶⁰⁷.

Sin embargo, el criterio fue complementado en la misma sentencia bajo el entendimiento de que el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social “*es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél*”⁶⁰⁸.

Finalmente y en relación a la eventual incidencia de la gestión privada en la seguridad social –tal vez en contraste con el “régimen público” que prevé la norma constitucional- ha agregado que “*La garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen, sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen.*

*Desde esta perspectiva, el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél. La experiencia comparada y la de nuestro país así lo ponen de manifiesto. Y habrá que concluir, en consonancia con lo dicho, que no es incompatible con la garantía institucional del sistema de Seguridad Social consagrada en el art. 41 C.E.”*⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1994, de 10 de febrero de 1994. El subrayado es agregado.

⁶⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1994, de 10 de febrero de 1994. El subrayado es agregado.

⁶⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1994, de 10 de febrero de 1994. El subrayado es agregado.

La seguridad social y eventualidades constitucionales expresas: Los casos de la protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y de los ciudadanos durante la tercera edad y el otorgamiento de pensiones.

El texto supremo español reconoce expresamente la orientación tuitiva –o directrices para colectivos diversos que constituyen derechos fundamentales, como los denomina Javier Pérez Royo⁶¹⁰ - por parte del Estado, a dos colectivos: **los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y los ciudadanos durante la tercera edad.**

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución española establece que “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”.

Esto se vincula con normas internacionales que refieren a la materia, a las cuales España ha adherido.

Asunción García Martínez identifica por ejemplo las Declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre Derechos del deficiente mental (año 1971) y la de los Derechos de los Minusválidos (1975), como así también la Carta Social Europea de 1961. La autora destaca el precepto voluntarista del enunciado a partir del sentimiento de solidaridad, aunque ello no configure un derecho subjetivo en sentido estricto sino que el desarrollo del mandato debe darse en las políticas asistenciales⁶¹¹.

Esto se complementa con las acciones dirigidas a la inclusión e integración de las personas disminuidas en las relaciones intersubjetivas, en especial en la esfera laboral⁶¹².

Respecto a lo segundo, el artículo 50 de la misma norma declara que “*Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*”.

Ambas previsiones complementan el núcleo de cláusulas constitucionales que perfilan la dimensión del Estado social español con lo dispuesto por el antes analizado artículo 41 de la norma suprema.

⁶¹⁰ Pérez Royo, Javier; Curso de derecho constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, Págs. 445 y ss.

⁶¹¹ García Martínez, Asunción; “Sinopsis artículo 50”, Constitución española, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

⁶¹² Ampliar en Monereo Pérez, José; “El derecho a la protección de las personas con minusvalías”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Págs. 1755 y ss.

A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha expuesto, en relación al concepto de “pensión adecuada” expreso en el artículo 50 de la Constitución española que ello “...no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones”⁶¹³.

Se observa que el carácter de “adecuación” y “actualización periódica” de las pensiones que la norma constitucional expresa ha sido morigerado por la jurisprudencia suprema, vinculándolo con la cuestión económica-fiscal de la escasez de recursos necesarios para hacer frente a las demandas sociales.

- Derecho a la protección de la salud.

La Constitución española reconoce el derecho a la protección de la salud en su artículo 43. El mismo dispone que “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud Pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”

Anteriormente hemos explicado que la seguridad social se vincula íntimamente con la salud, aunque también su despliegue se proyecta en otros planos igualmente tutelados, como ilustra Joaquín Aparicio Tovar⁶¹⁴.

Si bien el precepto reconoce antecedentes constitucionales –el artículo 46, inciso 2 de la Constitución española de 1931 regulaba los seguros de enfermedad- la noción de la salud entendida como derecho ha alcanzado dimensiones más amplias.

La salud pública compete a los poderes públicos –por medio del sistema nacional de salud- mediante medidas preventivas y prestaciones necesarias en condiciones de igualdad, tal como lo ha afirmado la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 32/1983⁶¹⁵. El mismo pronunciamiento ha fijado que, en materia sanitaria, la coordinación general debe ser entendida

⁶¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 134/1987, de 21 de julio de 1987.

⁶¹⁴ Ampliar en: Aparicio Tovar, Joaquín; La seguridad social y la protección de la salud, Editorial Cívitas, Madrid, 1989.

⁶¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 32/1983, de 28 de abril de 1983.

como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca de modo que se logre la integración de actos parciales del sistema sanitario.

En este sentido, la relación de las medidas preventivas con el fomento de la educación sanitaria, física, el deporte y la utilización del ocio se tornan imprescindibles en las sociedades contemporáneas caracterizadas por su masificación y pluralidad cultural, especialmente en las grandes urbes.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional española ha expuesto tal vinculación en lo atinente a la salud y el deporte de manera que este último no es “sólo un medio para su mantenimiento”, en relación al caso de la obligatoriedad de colegiación de los profesores de educación física⁶¹⁶.

Eduardo Martínez y Hernández, Luis Francisco García Perulles y Enrique Barón Crespo se preguntan ¿qué alcance asegura el derecho de protección a la salud?

Responden que el derecho a la asistencia sanitaria o cuidados médicos se debe vincular con la doctrina científica-médica, y en su auxilio, incluyen:

- i. Medicina general;
- ii. Posibilidad de atención por especialistas;
- iii. Hospitalización⁶¹⁷.

Los autores aluden a la estrecha relación entre el derecho a la protección de la salud y los recursos disponibles. La temática se dificulta si se quiere incluir prestaciones farmacéuticas, prótesis o si se alude a tratamientos hospitalarios que la alta complejidad médica y la tecnología permiten asumir.

Evidentemente la problemática del alcance de la protección de la salud conlleva al control constitucional del gasto público y la recaudación presupuestaria, pero también al control de la sanidad y seguridad alimentaria, el fomento del deporte, al tratamiento de las adicciones, e incluso a la protección de la circulación vial y la protección a los usuarios y consumidores, tal como más adelante será desarrollado.

José Iturmendi Morales finalmente, en esta inteligencia, indica que el reconocimiento del derecho a la protección supone incorporar al catálogo de los derechos fundamentales el derecho a un nivel de vida adecuado⁶¹⁸.

Y en el mismo sentido, Ramón Martín Mateo entiende que en ausencia de una versión explícita y directa del propio legislador constitucional, sobre lo que considere que es lo esencial

⁶¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 194/1998, de 1 de octubre de 1998.

⁶¹⁷ Martínez y Hernández, Eduardo; García Perulles, Luis y Barón Crespo, Enrique; Tratado del derecho a la protección de la salud, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, Pág. 84.

⁶¹⁸ Iturmendi Morales, José; “Derecho, sanidad y derecho a la protección de la salud en un contexto social, cultural, económico y tecnológico en transformación”, en Martínez y Hernández, Eduardo; García Perulles, Luis y Barón Crespo, Enrique; Tratado del derecho a la protección de la salud, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, Pág. 522.

de la calidad de vida, ha de recurrirse a interpretaciones complementarias. Estima como tal “la promoción del bienestar mediante la utilización racional de los recursos naturales renovables”⁶¹⁹.

- **Derecho al disfrute de la vivienda digna y adecuada**

El disfrute de una vivienda digna y adecuada es un bien jurídico protegido por el ordenamiento supremo español. El artículo 47 de su texto fundamental prevé que “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.*”

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

La norma constitucional reconoce el “derecho”, aunque seguidamente lo supedita a la promoción por parte de los poderes públicos de las “condiciones necesarias” “para hacer efectivo este derecho”.

Posiblemente el debate entre la operatividad o el carácter programático de este derecho social sea uno de los aspectos más difíciles de conciliar –como se observa en la doctrina española- en cuanto al reconocimiento constitucional de su exigibilidad por parte de las personas.

José Muñoz Castillo opina que el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada es un derecho social que sólo puede ser invocado ante los tribunales ordinarios de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, es decir, “que no se trata de un derecho fundamental en sentido estricto, sin embargo sí que despliega la eficacia jurídica indicada, vinculando a la legislación positiva, a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos, y su propia existencia no puede ser desconocida”⁶²⁰.

Gerardo Pisarello explica que la Constitución española identifica al menos dos mandatos claros al legislador, y a su vez un “derecho colectivo” que también implica otro mandato.

En cuanto a los primeros, es decir, los mandatos al legislador, ubica:

- i. el deber de utilizar el suelo de acuerdo al interés general;
- ii. el deber de impedir la especulación.

⁶¹⁹ Martín Mateo, Ramón; “La calidad de vida como valor jurídico”, Revista de Administración Pública, nº 117, septiembre-diciembre de 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 2605 Pág. 65.

⁶²⁰ Muñoz Castillo, José; El derecho a una vivienda digna y adecuada, Editorial Colex, Madrid, 2000, Pág. 116.

Respecto al segundo, o sea, un mandato y su vez un derecho colectivo, posiciona el deber de otorgar a la comunidad **participación en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos**⁶²¹.

Para Asunción García Martínez se trata de un derecho social en sentido estricto, pero un derecho que se configura como no subjetivo y por lo tanto inexigible, ya que actúa como un mandato a los poderes públicos⁶²².

Francisco Bastida utiliza el ejemplo de la vivienda digna para afirmar que no es un derecho fundamental ya que se encuentra dentro del Capítulo III del Título I de la Constitución española. Amplía su argumento en el sentido que “hubiera sido un contrasentido que la CE proclamase como derecho fundamental el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47) cuando lo que hace es remitir al legislador la competencia para definir el objeto, contenido y límites de ese derecho (art. 53.3). Esto no significa que el derecho a la vivienda digna y adecuada no sea relevante para la CE, pero su posición constitucional se reduce a ser un *principio rector de la política social y económica* de los poderes públicos (art. 53.3); su dimensión constitucional no es la de un derecho fundamental”⁶²³.

El debate sobre la naturaleza jurídica de los principios rectores de la política económica y social en la doctrina constitucional española ha sido anteriormente expuesto y allí nos remitimos.

De regreso al análisis dogmático del precepto, ¿qué implica el carácter digno y adecuado de la vivienda objeto del derecho?

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz destaca que es el disfrute de la vivienda el que debe ser digno y adecuado, sin mencionar –además– el título concreto de la misma –propiedad o no–⁶²⁴.

Así, la Constitución española no garantiza el derecho a la vivienda en carácter de propiedad o el acceso al crédito hipotecario, a diferencia de otros ordenamientos⁶²⁵. Es decir, conlleva a la superación del concepto de vivienda como objeto de la propiedad privada para considerarlo como un elemento básico para la existencia humana.

⁶²¹ Pisarello, Gerardo; Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible, Editorial Icaria, Barcelona, 2003, Pág. 47.

⁶²² García Martínez, Asunción; “Sinopsis artículo 47”, Constitución española, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

⁶²³ Bastida, Francisco; “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en Alexy, Robert (edición a cargo de Ricardo García Manrique); Derechos sociales y ponderación, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007, Pág. 138.

⁶²⁴ Jiménez-Blanco de Albornoz, Antonio; “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 1712.

⁶²⁵ La Constitución de la República italiana establece en su artículo 47 que “*La República estimulará y protegerá el ahorro en todas sus formas; disciplinará y coordinará el ejercicio del crédito. Favorecerá el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad agraria directa y a la inversión accionaria directa e indirecta en los grandes complejos productivos del país*” (el subrayado es agregado)

Ricardo García Macho estima que el derecho a una vivienda tiene una vertiente de salvaguarda funcional de la libertad, ya que el disfrute a ese bien “permite al ciudadano el disfrute de derechos fundamentales de libertad como la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio”⁶²⁶.

Por otro lado, el articulado español asigna “dignidad” y “adecuación” a la señalada vivienda.

Estos adjetivos poseen el dinamismo que el desarrollo de las infraestructuras domiciliarias encuentre en cada comunidad. La urbanización, el alcance de los servicios, la seguridad y la accesibilidad domiciliaria refieren al concepto de dignidad de la vivienda y poseen un nivel constitucional que no lo encuentra, por ejemplo, el eventual distingo entre el título en virtud del cual se garantice la vivienda (propiedad, arrendamiento, alojamiento, albergue, entre otros).

La política social -en relación a la vivienda- puede desplegarse, por ejemplo, en construcción pública (o en consorcios público-privados), facilitación de créditos hipotecarios, arriendo público, o demás instrumentos jurídicos que garanticen aquella accesibilidad.

En la jurisprudencia constitucional, la aplicabilidad del principio de vivienda digna y adecuada ha tenido recepción en relación a la prórroga forzosa (para el arrendador) de los contratos de locación urbanos. Expresamente, ha dicho que *“La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario; ello se verifica incluso en las mismas exposiciones de motivos de las leyes reguladoras de este tipo de arrendamientos (así, en la de la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955). En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del art. 47 del Texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias.”*⁶²⁷.

Y en relación a la **subrogación arrendaticia de la vivienda** digna, el mismo juzgador constitucional ha expresado que *“Tampoco cabe olvidar, en fin, que la subrogación arrendaticia que consideramos es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47 C.E.), principio que exige del legislador -y de este Tribunal, al controlar sus normas- una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el art. 14 de la Norma fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida,*

⁶²⁶ García Macho, Ricardo; “Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad”, en *Revista catalana de dret públic*, n° 37, Barcelona, 2009, Pág. 86.

⁶²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 89/94 de 17 de marzo de 1994. El subrayado es agregado.

no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe este art. 47⁶²⁸.

En el año 2010 y en relación con la potestad tributaria y la vivienda como precepto constitucional, el Tribunal Constitucional español ha expuesto que “Cumple advertir que el principio rector previsto en el art. 47 CE, párrafo primero, constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales) en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2).

Para fundamentar la pretendida vulneración del art. 47 CE que imputan al precepto impugnado los recurrentes se limitan a afirmar que el incremento del tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados implica un encarecimiento del coste de la vivienda, puesto que la mayoría de los hechos imponibles de este impuesto afectan al proceso constructivo. Ahora bien, de esta premisa no se sigue la consecuencia de que se ponga en riesgo el derecho de los ciudadanos a acceder al disfrute de una vivienda digna y adecuada en la Comunidad Valenciana, lo que conduce, en definitiva, a descartar la pretendida lesión del art. 47 CE, porque los recurrentes no han cumplido con la carga de fundamentar de manera suficiente cuales son los motivos por los cuales la misma se habría producido⁶²⁹.

Como se puede observar, el acceso a la vivienda ha colisionado con el derecho a la propiedad privada (del titular del derecho) y las respuestas jurisprudenciales esgrimidas han tenido una enfoque crítico.

⁶²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 222/1992, de 11 de diciembre de 1992.

⁶²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 7/2010, de 27 de abril de 2010. El subrayado es agregado.

D) Tercera especie: Resto de los derechos sociales y culturales en la Constitución socioeconómica española.

1) La protección constitucional de los consumidores y usuarios.

a) Fundamentos de la tutela jurídica.

La Constitución española de 1978 se detiene en fijar que los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo -mediante procedimientos eficaces-, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Al mismo tiempo, el texto señala que corresponde a los poderes públicos promover la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentando sus organizaciones y oyendo a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos. Finalmente, la norma determina la regulación del comercio interior y el régimen de autorización de productos destinados al comercio.

Expresamente, el artículo 51 de la Constitución española dispone que: *“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”

Las relaciones contractuales contemporáneas presentan ciertas particularidades en torno a la posición jurídico-económica que ocupan los actores al momento de sus negociaciones y celebraciones.

Una parte de la esa relación se encuentra representada por grandes proveedores de bienes y servicios nucleados en corporaciones, en ocasiones de naturaleza transnacional. Estos ofrecen al mercado sus productos mediante contratos de adhesión en los cuales no existe posibilidad alguna de pactar las características del acuerdo. O se adscribe a la propuesta formulada por el proveedor o no se perfecciona la relación de consumo.

Del otro lado de la relación se encuentra un nuevo actor socioeconómico que hasta mediados del Siglo XX no era comprendidos de manera colectiva: los usuarios y consumidores de bienes y servicios. **Estos agentes -generalmente atomizados, con intereses disímiles, sin información plena sobre el objeto del contrato- son considerados los “nuevos débiles” del derecho constitucional.**

Esto se potencia en sociedades de alto consumo en el marco de economías de mercado en donde resulta necesario velar por los intereses de las personas desaventajadas en todos los aspectos de la relación de consumo. Aquí es donde posiblemente se pueda observar con mayor énfasis la diferencia entre la visión actual de la protección de los usuarios y consumidores y la atención tradicional que la doctrina jurídica española de mediados de la segunda parte del Siglo XX ha deparado sobre el tema, por ejemplo, en referencia a los intereses del consumidor previo sanción de la Constitución española de 1978⁶³⁰.

Por lo tanto, los derechos de protección de usuarios y consumidores establecen límites al ejercicio de los demás derechos que componen la Constitución socioeconómica⁶³¹, en especial la libertad de empresa.

Sancionada la norma en el año 1978, **este principio rector de la política económica y social o derecho –según desde qué posición se aborde la cuestión- se introduce en el espectro constitucional y opera a su vez en forma de límite del modelo de economía de mercado y de libertad de empresa** (artículo 38 de la Constitución española). Este límite se fundamenta en los derechos de los consumidores y usuarios equilibrando el modelo socioeconómico basado en la oferta de bienes de consumo⁶³² de todo tipo de necesidades, incluso las superfluas⁶³³.

Sin embargo, el desarrollo del precepto constitucional ha de ser estipulado por el legislador. En este temperamento, la jurisprudencia constitucional en la materia ha expuesto que el artículo 51 inciso 1 se justifica a partir de *“un cuadro de objetivos a los que se deben los poderes públicos con el designio de facilitar el ejercicio de las acciones judiciales en defensa de los intereses colectivos”*⁶³⁴.

Algunas posturas de la doctrina española reconocen la presencia de “derechos subjetivos” de los usuarios y consumidores y diferencian los preceptos recogidos en los incisos 1 y 2 del artículo, asignándoles a los primeros el carácter de “derechos sustantivos” y a los segundos “derechos instrumentales”.

⁶³⁰ A modo de ejemplo, ver: Sánchez Blanco, Angel; “El consumidor ante la política de abastecimiento y ante la política comercial”, Revista de Administración Pública, n° 85, enero-abril de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 93; Bermejo Vera, José; “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”, Revista de Administración Pública, n° 87, septiembre-diciembre de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 251; Rivero Ysern, Enrique; “La protección del usuario de los servicios públicos”, Revista de Administración Pública, n° 87, septiembre-diciembre de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 205, entre otros.

⁶³¹ Por ejemplo, en la relación producción de bienes o servicios y protección de la salud de los usuarios y consumidores, ampliar en Molina del Pozo, Carlos; “El derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud y seguridad”, Revista de Administración Pública, n° 100-102, enero-diciembre de 1983, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 2605.

⁶³² García Martínez, Asunción; “Sinopsis artículo 51”, Constitución española, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

⁶³³ Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; “Fundamentos sociales y políticos de los derechos sociales en la Constitución española”, en Revista de Estudios Políticos, (nueva época) n° 71, enero-marzo de 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 178.

⁶³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 71/1982, de 30 de noviembre de 1982.

Alicia de León Arce, por ejemplo, estima que lo establecido en el artículo 51 inciso 1 corresponde a los derechos sustantivos de los usuarios y consumidores. En cambio, el inciso 2 de la norma se corresponde con los derechos instrumentales, atento a que deben ser articulados “en los términos que la ley establezca”⁶³⁵.

Empero, y respecto a las garantías jurisdiccionales, la autora destaca que los preceptos no gozan de la protección de los derechos fundamentales. Justamente sobre esto último, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que “*la defensa de los consumidores y usuarios tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico*”⁶³⁶.

Resulta claro que la norma fundamental pretende tutelar a los consumidores y usuarios a quienes implícitamente se consideran en posición desventajosa y por ello necesitados de una enérgica protección estatal.

Ahora bien, la incógnita se presenta a partir de la identificación de la naturaleza jurídica de los preceptos constitucionales de protección de los consumidores y usuarios. Por lo tanto, el artículo 51 de la Constitución española ¿reconoce derechos subjetivos o principios rectores de la política social y económica?

Raúl Canosa Usera entiende que el artículo 51 del texto brinda herramientas y la traza objetivos, pero no impone medidas concretas, salvo las de regular el comercio interior o el régimen de autorizaciones de los productos comerciales. Por lo tanto, los derechos de los consumidores “son creados por el legislador cuando desarrolla los principios rectores, así que su fuente constitucional está en tales principios y no en una específica proclamación constitucional de derechos”⁶³⁷.

María Quintela Gonçalves opina que el artículo 51 de la Constitución española constituye una fórmula política de nexo de unión entre Constitución económica y Constitución política. Agrega que la fórmula política sirve de criterio hermenéutico de la propia Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, articulándose mecanismos jurídicos de configuración de la sociedad y de institucionalización de la dinámica social. Para la autora “La Constitución económica establece el conjunto de principios que regulan el modo de realización de las relaciones económicas, los derechos y libertades económicas, así como las garantías y la articulación de competencias de los órganos del estado en materia económica”⁶³⁸.

Juan Peinado García analiza las consecuencias que aparece la consagrada constitucionalización de la protección de los usuarios y consumidores. Entre ellas destaca que:

⁶³⁵ De León Arce, Alicia; Derecho de los consumidores y usuarios, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Pág. 65.

⁶³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 15/1989, de 26 de enero de 1989.

⁶³⁷ Canosa Usera, Raúl; “Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios”, en Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime, y Canosa Usera, Raúl (editores); Derechos de los consumidores y usuarios. Una perspectiva integral, Editorial Netbiblio, A Coruña, 2008, Págs. 81 y 91.

⁶³⁸ Quintela Gonçalves, María; La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986, Págs. 65 y 67.

1. genera la proliferación de normas subconstitucionales que complementan e implementan el mandato genérico constitucional
2. supone elevar a la máxima jerarquía ciertos valores que en una primer mirada parecerían contrapuestos, como por ejemplo la libertad de empresa garantizada en el artículo 38 del texto español
3. finalmente, contribuye a que se difumine la separación entre lo público y lo privado⁶³⁹.

Otras posiciones de la literatura jurídica española también han sido esbozadas, generalmente concluyendo en que la norma requiere una necesaria actividad legislativa que haga efectivo su mandato en pos de la defensa de los usuarios y consumidores⁶⁴⁰.

b) Derechos y/o principios rectores de la política social y económica orientados a los consumidores y usuarios. Especificaciones y contenidos.

El artículo 51 inciso 2 de la Constitución española implica entonces una concreción del mandato genérico del artículo 9 inciso 2 de la misma norma, en cuanto a la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la vida plena de los individuos (usuarios y consumidores), esta vez en el marco de las relaciones de consumo.

Asunción García Martínez estima que este concepto debe ser encuadrado en el marco del modelo de Estado social de derecho dispuesto por el artículo 1 inciso 1 de aquella norma, en relación a la economía de mercado. Si bien tiene en cuenta que la cláusula se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, el fundamento de la actual economía de mercado neocapitalista se basa en la sociedad de consumo, de manera que la protección

⁶³⁹ Peinado García, Juan; “El derecho a la protección de los consumidores”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Págs. 1875 y ss.

⁶⁴⁰ A modo de ejemplo: Reyes López, María (coordinadora); Derecho de consumo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Botana, Gema y Ruiz Miguel; Curso sobre protección jurídica de los consumidores, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1999; Guillén Caramés, Javier; El estatuto jurídico de los consumidores. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración, Editorial Cívitas, Cízur Menor (Navarra), 2002; Lasarte Alvarez, Carlos; Manual sobre la protección de los consumidores y usuarios, Editorial Dykinson, Madrid, 2003; Alborch Bataller, Carmen; “La protección de los consumidores en el artículo 51 de la Constitución: consideraciones generales y desarrollo legislativo”, en AA.VV. Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés: historia, política y derecho, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, tomo I, 1984, Págs. 29 a 72; Bercovitz, Alberto; Estudios jurídicos sobre protección de consumidores, Editorial Tecnos, Madrid, 1987; Gómez Calero, Juan; Los derechos de los consumidores y usuarios, Editorial Dykinson, Madrid, 1994, entre otros.

específica a los consumidores como sostén básico del modelo económico se convierte en un refuerzo del modelo citado⁶⁴¹.

Los **titulares de los derechos/principios rectores informadores objeto de protección** son todos los ciudadanos en su relación de consumo de bienes o uso de servicios. En esto es importante atender la difícil tarea de establecer los contornos precisos que tiene el conjunto normativo tuitivo en cuanto su carácter interdisciplinario o multidisciplinario. Esta problemática ha sido puesta en evidencia el Tribunal Constitucional español en su sentencia nº 71/1982⁶⁴².

Sin embargo, se debe tener presente que en la regulación de la defensa y protección del consumidor, no deben ser vulnerados otros principios informadores y derechos económicos constitucionales (incluso algunos, fundamentales) –especialmente en cuanto al resguardo de su contenido esencial-, como por ejemplo la libertad de empresa. Sobre esto nos remitimos a las pautas de ponderación constitucional oportunamente abordadas.

Por su parte y como principio general, la norma pauta el establecimiento de **procedimientos eficaces** como medida de refuerzo de la protección de los derechos de los usuarios y consumidores. Estos procedimientos eficaces derivan en la simplificación de los procesos judiciales y/o administrativos y a su vez una disminución en sus costes –incluso, eventualmente la gratuidad-, remitiendo a la problemática general de reforma de la justicia. A modo de ejemplo es posible señalar la articulación de procesos de arbitraje, establecimientos de tribunales de menores cuantías o beneficios de justicia gratuita o litigio sin gastos, ente otros.

Los derechos o directrices informadores –según la postura que se asuma- enumerados en la norma constitucional son los que a continuación se exponen:

1. Derecho a la protección de la salud y la seguridad, en el sentido de la exigencia de que los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado y se colocan a disposición de los consumidores y usuarios no deben presentar ningún peligro cuando son utilizados en condiciones normales o previsibles. De esta forma se establece una adecuada protección contra las eventuales consecuencias de los daños físicos que de dicha utilización pudieran derivarse, imputando la consecuente responsabilidad a los proveedores de aquellos productos⁶⁴³. Cabe destacar que el precepto se complementa –o yuxtapone⁶⁴⁴–

⁶⁴¹ García Martínez, Asunción; “Sinopsis artículo 51”, Constitución española, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

⁶⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 71/1982, de 30 de noviembre de 1982.

⁶⁴³ Sequeira Martín, Adolfo; “Defensa del Consumidor y derecho constitucional económico”, en Revista española de derecho constitucional, nº 10, enero-abril de 1984, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 105.

⁶⁴⁴ Por ejemplo, en referencia a los eventuales riesgos provenientes del consumo. Ampliar en Canosa Usera, Raúl; “Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios”, en Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime, y Canosa Usera, Raúl (editores); Derechos de los consumidores y usuarios. Una perspectiva integral, Editorial Netbiblio, A Coruña, 2008, Pág. 96.

con el derecho a la protección de la salud dispuesto en el artículo 43 de la Constitución española, oportunamente expuesto en el presente trabajo;

2. Derecho de la protección de los legítimos intereses económicos, por cuanto la norma constitucional persigue el mantenimiento de la indemnidad patrimonial del consumidor y usuario en las relaciones afines;
3. Derecho a la reparación de daños, precepto no reconocido expresamente en el texto constitucional, pero interpretado indirectamente por parte de alguna literatura jurídica específica española, como por ejemplo María Quintela Gonçalves o Alberto Bercovitz, entre otros⁶⁴⁵;
4. Derecho a la información y la educación, por los cuales le dota a los sujetos destinatarios de la norma de protección los elementos cognoscitivos referidos a las condiciones de ofrecimiento en los mercados de intercambio y la vez la educación para el consumo;
5. Derecho a la representación (ser “oído”), en donde el fomento de participación de las organizaciones representativas de los intereses de los usuarios y consumidores “en los términos que la ley establezca” se encuentra acogido en el artículo 51 de la Constitución española, mínimamente en cuanto su derecho de expresión.

Finalmente, la norma recoge en su tercer apartado un último principio rector orientado hacia la estructura y el método de los intercambios comerciales en una economía de mercado:

6. Regulación del comercio interior y régimen de autorización de productos comerciales, entendido como un mandato al legislador de regulación del comercio interior, íntimamente relacionado con el artículo 139 inciso 2 y concordantes de la Constitución española⁶⁴⁶, el cual a su vez requiere una adecuada regulación del marco competitivo y de las prácticas restrictivas de la competencia, de la información y de la competencia desleal en general, sea mediante normas únicas o sectoriales.

La vinculación entre la Constitución económica y la tutela de los usuarios y consumidores resulta evidente al momento de orientar los bienes jurídicos protegidos allí contenidos y la función del Estado en su protección.

Adolfo Sequeira Martín estima que “La protección de los consumidores ha de entenderse dentro del marco constitucional económico. Y esta afirmación tiene trascendencia en un doble sentido: de un lado porque el mantenimiento del sistema económico constitucional es ya en sí

⁶⁴⁵ Quintela Gonçalves, María; La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986, Pág. 93. También: Bercovitz, Alberto; Estudios jurídicos sobre protección de consumidores, Editorial Tecnos, Madrid, 1987 y en cierto sentido ⁶⁴⁵ Sequeira Martín, Adolfo; “Defensa del Consumidor y derecho constitucional económico”, en Revista española de derecho constitucional, nº 10, enero-abril de 1984, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 112.

⁶⁴⁶ De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás; Mercado nacional único y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Págs. 40 y ss.

una indirecta defensa del consumidor, y habría que ver por tanto hasta qué punto sería posible la regulación de su protección como consecuencia del daño que se les cause por el desajuste producido en el modelo económico debido a la actitud de los sujetos económicos (por ejemplo, alcance de la protección al consumidor frente a prácticas restrictivas). Y de otro porque la regulación de la defensa del consumidor no puede ir contra los principios constitucionales configuradores del modelo económico⁶⁴⁷.

En conclusión, es posible observar que la protección de los usuarios y consumidores se relaciona en gran medida con la Constitución económica y su despliegue. Y si bien su perfeccionamiento es tarea de la legislación, la tutela constitucional redunda en la garantía del espectro de derechos recogido por el texto supremo español.

⁶⁴⁷ Sequeira Martín, Adolfo; “Defensa del Consumidor y derecho constitucional económico”, en Revista española de derecho constitucional, nº 10, enero-abril de 1984, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 91

2) Derecho al ambiente natural y al patrimonio cultural.

La protección del ambiente y el patrimonio cultural se encuentra recogida principalmente en dos preceptos que integran la Constitución socioeconómica española.

Primeramente y en relación al ambiente natural, el artículo 45 del texto español dispone que *“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

En segundo lugar y en referencia al ambiente cultural, el artículo de la misma norma establece que *“Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”.*

Complementariamente a las dos cláusulas reseñadas, el artículo 44 del texto supremo español prevé que *“1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.*

2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”

Así, la protección del ambiente natural y cultural en relación al desarrollo de la persona, la calidad de vida y la solidaridad encuentra una especial tutela en el cuerpo constitucional español.

Naturaleza jurídica del derecho al ambiente natural y al patrimonio artístico/cultural. ¿Derechos fundamentales o principios rectores de la política social y económica? Sus relaciones con la Constitución socioeconómica española.

El texto supremo español de 1978 se aparta del criterio clásico de responsabilidad ambiental (natural) o fomento (cultural) incorporando parámetros sobre defensa y particularmente conservación, acceso y promoción del entorno humano.

Sobre el **ambiente natural**, Enrique Pérez Luño asume que la ecología, como derivado del ambiente natural, constituye un “marco global para un renovado enfoque de las relaciones entre el hombre y su entorno, que redunde en una utilización racional de los recursos energéticos y sustituya el crecimiento desenfrenado, en términos puramente cuantitativos, por un uso equilibrado de la naturaleza que haga posible la calidad de vida.

La inmediata incidencia del ambiente en la existencia humana, la contribución decisiva a su desarrollo y a su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos fundamentales”⁶⁴⁸.

En relación al **ámbito cultural**, Javier Tajadura Tejada remite directamente al concepto de Constitución cultural. Para el autor, este marco conceptual garantiza la libertad de creación cultural, la libertad de comunicación cultural y la libertad de emprendimiento e institucionalización cultural y lo caracteriza mediante tres derivaciones:

- a. la cultura como ámbito de la vida humana, de la misma forma que lo es el ámbito político, económico o social;
- b. la cultura es una función del Estado (a su vez en relación con las funciones del Estado previstas en el artículo 149 inciso 28 de la Constitución española).
- c. la cultura, por ende –razona el autor-, conforma un derecho⁶⁴⁹.

Sobre esto último, y de la misma manera que se ha expuesto a lo largo del trabajo en ocasión de indagar sobre la naturaleza jurídica de los preceptos recogidos dentro del Capítulo III del Título I de la Constitución española, se observan posturas doctrinarias encontradas.

Y sobre el tema en estudio –la protección del ambiente natural y cultural- y a modo de ejemplo, Ramón Martín Mateo explica que la promoción del bienestar debe darse mediante la utilización racional de los recursos naturales renovables, aunque reconoce que su tutela no puede ser directamente impugnante ante la justicia ya que son orientaciones directoras de la política social y económica (conforme el artículo 53 inciso 3 de la Constitución española). Por lo tanto culmina afirmando que tal protección ambiental no constituye un derecho fundamental⁶⁵⁰.

En cambio, en otra senda, Juan Carlos Gavara de Cara sostiene que “A pesar de que el art. 45 CE no presenta dudas de que se trata de un derecho subjetivo, al mismo tiempo supone desde un punto de vista objetivo el reconocimiento de un bien jurídico constitucional que tiene una proyección jurídica de tal intensidad que prácticamente deja vacío de contenido y relevancia el

⁶⁴⁸ Pérez Luño, Enrique; “Las generaciones de derechos humanos”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10, septiembre-diciembre de 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 207.

⁶⁴⁹ Tajadura Tejada, Javier; “El acceso a la cultura (artículo 44 de la Constitución española)” en Tajadura Tejada, Javier (director); Los principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, Págs. 277 y ss.

⁶⁵⁰ Martín Mateo, Ramón; “La calidad de vida como valor jurídico”; en: Martín Retortillo, Sebastián (coordinador); Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Cívitas, Madrid, 1991, tomo II, Pág. 1449.

aspecto subjetivo”. Sucede que su operatividad como bien jurídico constitucional queda plenamente derivada a la configuración del legislador⁶⁵¹.

Cierta jurisprudencia constitucional antigua se había enrolado en una postura similar a esto último, al expresar que los derechos que reconoce “*la Constitución en los arts. 43 y 51 o, complementariamente en otros, como el 45.1, que reconoce el derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos*”⁶⁵².

La literatura jurídica constitucional ha ampliado y desarrollado este debate, como en todos aquellos que refieren al contenido, al alcance y a la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica⁶⁵³. Veamos algunas posturas ejemplificadoras.

Raúl Canosa Usera describe y sintetiza claramente las previsiones constitucionales en materia de ambiente natural, entendido como un principio y a su vez la construcción como un derecho. El autor explica que “De las dos posibilidades que se ofrecían al constituyente español en 1978: introducir en el texto un principio medioambiental (norma de acción) y regular un derecho a disfrutarlo (norma de relación), se optó por recoger las dos posibilidades y hacer así una compleja síntesis de ambas. Se incorpora, por primera vez en el Derecho constitucional español, la noción de calidad de vida y se constitucionaliza el deber de conservar el entorno. El apretado contenido del artículo 45 de nuestra Constitución se encuadra en el problemático Capítulo III del Título I: “De los principios rectores de la política social y económica””⁶⁵⁴.

Sucede que el concepto “medio ambiente” resulta “*más difícil de discernir con la exactitud y el rigor que exigen las categorías jurídicas*”, tal como lo ha afirmado la justicia constitucional española⁶⁵⁵.

Ahora bien, considerando el articulado supremo español, ¿de qué manera la norma fundamental española consagra el derecho a un ambiente sano y saludable, o a los bienes culturales? ¿De la misma manera que reconoce los catalogados “derechos liberales”o

⁶⁵¹ Gavara de Cara, Juan; La dimensión objetiva de los derechos sociales, Editorial Bosh, Barcelona, 2010, Págs. 89 y 90.

⁶⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 32/1983, de 28 de abril de 1983. El subrayado es agregado.

⁶⁵³ Entre otros, por ejemplo: Embid Irujo, Antonio (director); El derecho a un medio ambiente adecuado, Editorial Iustel, Madrid, 2008; Ruiz-Rico Ruiz; El derecho constitucional al medio ambiente: dimensión jurisdiccional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Loperena Rota, Demetrio; El derecho al medioambiente adecuado, Editorial Cívitas, Madrid, 1996; Jaria I Manzanazo, Jordi; El sistema constitucional de protecció del medi ambient, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2005 y La cuestión ambiental y la transformación de los público, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; Martín Matero, Ramón; Tratado de derecho ambiental, Editorial Trivium, IV tomos, Madrid, 2003; Escobar Roca, Guillermo; La ordenación constitucional del medio ambiente, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

⁶⁵⁴ Canosa Usera, Raúl; “¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?”, en: Instituto de Derechos Humanos; Anuario de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, vol. 7 (nueva época), tomo I, Madrid, 2006, Pág. 164. También Canosa Usera, Raúl; Constitución y medio ambiente, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

⁶⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 102/1995, de 26 de junio de 1995.

preponderantemente de abstención? ¿O articula nuevos mecanismos en donde “traslada” la responsabilidad a la ciudadanía (titular de disfrute del derecho de manera colectiva)?

Entendemos que la normativa constitucional española reconoce verdaderos derechos, pero también lineamientos o directrices y principios fundamentales de tutela orientados a los poderes públicos en materia ambiental (natural y cultural).

Entre estos últimos, por ejemplo, Javier de Lucas pone de relieve la recuperación de **solidaridad** como principio normativo característico del Estado social y lo relaciona con una visión activa de la ciudadanía. Es decir el protagonismo activo en la vida pública no se concreta sólo en el control del ejercicio de los poderes, sino también en “asumir las cargas, responsabilidades y deberes que derivan de la existencia de tal vida pública, y que no pueden ser vistas tan sólo como tarea de la Administración a partir de las contribuciones de tipo económico que los ciudadanos realizan, es decir, “una nueva concepción de la ciudadanía; la ciudadanía responsablemente solidaria”⁶⁵⁶.

La preocupación por el cuidado del ambiente natural y cultural constituye una nueva forma de ciudadanía a la luz de la Constitución española de 1978. Con fina ironía, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer se pregunta “¿estaban cuerdos los constituyentes cuando en 1978 proclamaron en nuestra carta Magna el canon de respeto al medio ambiente?”. Es un signo de los tiempos la tarea de educar, de crear opinión pública, de arraigar estándares, de afianzar exigencias, de animar a las administraciones para que concierten la tutela del ambiente natural y cultural⁶⁵⁷.

En esta misma línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional español ha señalado en la sentencia nº 64/1982 que *“El artículo 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud, no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la “utilización racional” de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida”*⁶⁵⁸.

Hasta aquí y sintetizando, del articulado constitucional español se desprenden los siguientes derechos, lineamientos y principios:

- a. derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona⁶⁵⁹, destacando aquí las dificultades, según la posición que se adopte, sobre los mecanismos

⁶⁵⁶ De Lucas, Javier; “La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 19, septiembre-diciembre de 1994, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 13.

⁶⁵⁷ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo; *Méritos o Botín y otros retos de la democracia*, Editorial Aranzadi, Elcano, Navarra, 2000, Pág. 356.

⁶⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 64/1982, de 10 de noviembre de 1982.

⁶⁵⁹ Ambiente adecuado en sentido amplio, por ejemplo en referencia a los ruidos excesivos como “factor psicopatológico destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la

procesales y su eventual justiciabilidad en términos de exigibilidad. Raúl Canosa Usera menciona una serie de mecanismos administrativos y jurisdiccionales que la normativa derivada española –cuyo análisis excede el objeto comparado de este trabajo– aptos para la tutela de este valor jurídico⁶⁶⁰;

- b. obligaciones a los poderes públicos, de: i) de promover y restaurar el ambiente y ii) de velar por el uso racional de los recursos naturales;
- c. deber de las personas (de “todos”) de conservar el medio ambiente (artículo 45 inciso 1 de la Constitución española) reforzando su cumplimiento con la previsión de sanciones administrativas y penales y la obligación de reparar el daño causado (artículo 45 inciso 3 de la misma norma);
- d. principios de conservación, calidad de vida, solidaridad colectiva⁶⁶¹ y recomposición del daño causado.

Puede afirmarse también que el texto particulariza e incorpora –aún sin mencionarlo en forma expresa– la idea de sostenibilidad, representado por la solidaridad colectiva del cuidado, protección y restauración del ambiente.

Francisco López Menudo insiste en que ello debe ser situado en una clave plena de contenidos positivos, es decir, como el reconocimiento del derecho al disfrute de unas calidades medioambientales adecuadas a la vida humana que han de mantenerse efectivas y constantes, como un atributo normal del entorno vital. Empero, esto no debe ser confundido “con el derecho a obtener una indemnización en aquellos casos en que la degradación llega a tal extremo que produce un daño tangible y singularizado, lo cual es otra cosa u otro derecho distinto; derecho éste que, por otra parte, viene a ser más formal que otra cosa dado que pueden producirse graves atentados contra el medio ambiente sin que tengan directas repercusiones en la salud o el patrimonio de las personas, y aún teniéndolos palpablemente, dada la dificultad de establecer la prueba o demostrar la relación causa-efecto entre el ambiente dañoso y la lesión o perjuicio de que se trate”⁶⁶².

Evidentemente **los factores enunciados se articulan y conjugan estableciendo límites al ejercicio de los demás derechos que componen la Constitución socioeconómica,**

calidad de vida de los ciudadanos”. Ampliar en la sentencia del Tribunal Constitucional español nº 119/2001, de 10 de noviembre de 1982, en especial el voto concurrente del magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Ver también el comentario a la sentencia apuntada de Canosa Usera, Raúl; “Pretensiones ambientales en amparo constitucional. Comentario a la STC 119/2001 de 24 de mayo”, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, UNED, nº 10 y 11, 2º semestre de 2002 y 1º semestre de 2003, Págs. 697 a 716, Madrid.

⁶⁶⁰ Canosa Usera, Raúl; “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), nº 94, octubre-diciembre de 1996, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Págs. 96 y ss.

⁶⁶¹ Sobre el principio de solidaridad en materia ambiental, Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 306/2000, de 12 de diciembre de 2000, entre otras.

⁶⁶² López Menudo, Francisco; “El derecho a la protección del medio ambiente”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10, septiembre-diciembre de 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 164.

particularmente la libertad de empresa, tal como lo ejemplifica y desarrolla Ignacio García Vitoria⁶⁶³ o incluso el uso de la propiedad privada. También, respecto a los principios orientadores del Estado en su función de iniciativa pública en la economía, como apunta Martín Bassols Coma⁶⁶⁴.

Luis Ortega, por su parte, subdivide los derechos reconocidos en el artículo 45 de la Constitución española y enumera los siguientes valores o bienes jurídicos allí tutelados de la siguiente forma:

- a. El desarrollo de la persona;
- b. Los recursos naturales;
- c. La calidad de vida;
- d. El medioambiente, en sentido propio⁶⁶⁵;

Finalmente, Carlos Molina del Pozo relaciona los conceptos ecología y salud para determinar, como saneamiento ambiental, el conjunto de medidas sanitarias que tienden a controlar los distintos roles del medio, de forma que no produzcan daños a la salud⁶⁶⁶.

A los derechos, lineamientos y principios del ambiente natural antes señalados se le deban añadir aquellos referidos al ámbito cultural. El derecho a los bienes culturales forma parte del hábitat o ambiente humano de la misma manera que acontece con los bienes naturales.

La jurisprudencia constitucional española transita en similar sentido por cuanto ha entendido que *“El medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida”*⁶⁶⁷.

El citado artículo 46 –y su relación con el artículo 44, inciso 2- de la Constitución española constituyen elementos que se acumulan y que cohabitan desde el momento en que el pluralismo

⁶⁶³ Para un estudio sobre las relaciones entre la libertad de empresa y el medio ambiente, ver: García Vitoria, Ignacio; Prohibiciones ambientales y libertad de empresa, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004. Se debe reconocer que existen actividades económicas que mantienen inocuo el ambiente, algunas que lo modifican de manera razonable y sustentable y otras tantas que lo afectan de manera radical, como por ejemplo la actividad minera. Sobre esto último se ha dicho que “Toda la minería produce una agresión en el medio ambiente, aunque ésta es mucho más profunda en el caso de la minería de superficie”, Fernández-Espinar y López, Luis; “El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero”, Revista de Administración Pública, n° 111, septiembre-diciembre de 1986, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 239. Ver también la Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 64/1982 de 4 de noviembre de 1982.

⁶⁶⁴ Bassols Coma, Martín; “Ordenación del territorio y medio ambiente: aspectos jurídicos”, Revista de Administración Pública, n° 95, septiembre-diciembre de 1981, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Págs. 87 y 88.

⁶⁶⁵ Ortega, Luis; “El derecho a un medio ambiente adecuado y la calidad de vida”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 1639.

⁶⁶⁶ Molina del Pozo, Carlos; “El derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud y seguridad”, Revista de Administración Pública, n° 100-102, enero-diciembre de 1983, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Pág. 2605.

⁶⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español n° 102/1995, de 26 de junio de 1995. El subrayado es agregado.

cultural se erige en un principio clave del Estado constitucional, tal como explican Gerardo Ruiz Rico-Ruiz y Nicolás Pérez Sola⁶⁶⁸.

La conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio cultural – conjuntamente con el histórico y artístico- español y los bienes que lo integran conforman el objeto de tutela, a los cuales el texto supremo les brinda un mandato de protección (sanción de los atentados), previa intervención del legislador.

Por último cabe destacar que el texto tutela los bienes ambientales-culturales que lo integran, sin importar su régimen jurídico y su titularidad. Consecuentemente, la Constitución socioeconómica española, en su dimensión cultural, blinda jurídicamente aquellos bienes, aún reconociendo su eventual titularidad privada.

⁶⁶⁸ Ruiz Rico-Ruiz, Gerardo y Pérez Sola, Nicolás; “El derecho de acceso a la cultura. El derecho al desarrollo científica”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 1611.

Parte 2

El caso argentino.

A) El Contenido de la Constitución socioeconómica argentina.

Aproximación preliminar. La dogmática argentina sobre los derechos económicos, sociales y culturales. El aporte de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

El reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en argentina se encuentra ubicado en la primera parte del texto supremo bajo el Capítulo primero denominado “Declaraciones, derechos y garantías” y el segundo denominado “Nuevos derechos y garantías”.

El sistema de derechos del ordenamiento constitucional argentino responde a la complementariedad del texto histórico del año 1853 con la modificación introducida en el año 1957. A ello se le añade el Capítulo Segundo incorporado por la reforma de la norma suprema en el año 1994.

Ahora bien, no obstante las diferencias temporales, la Constitución argentina no estipula ningún tipo de diferencia dogmática en el plano de los derechos. Ello incluso considerando sus clasificaciones provenientes de los ámbitos académicos.

Consecuentemente, la totalidad de los derechos reconocidos en el cuerpo de su ordenamiento poseen las mismas características jurídicas, las cuales a su vez se vinculan en su interrelación con las garantías constitucionales receptadas en la aquella norma.

Germán Bidart Campos reconoce el desafío interpretativo que presenta tal complejidad y resume que “le queda, pues, al observador, al intérprete, y al operador de la constitución la tarea de verificar cómo coordinar los 35 primeros artículos con las normas emergentes de la enmiendas nuevas (las introducidas por la reforma constitucional del año 1994). Todo ello reviste importancia pragmática, si es que damos por cierto que la totalidad de normas de la constitución compone una unidad, y que a cada norma hay que entenderla y aplicarla con la coherencia que demanda el conjunto, de modo que todas surtan efectos, que ninguna se esterilice y que, recíprocamente, también todas se retroalimenten”⁶⁶⁹.

A su vez, este espectro de derechos se complementa con aquellos reconocidos en los **instrumentos internacionales de derechos humanos que en Argentina poseen jerarquía constitucional** en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional. En cada uno de los derechos que más adelante desarrollaremos se formulará la correspondiente mención a su correlato proveniente de la fuente internacional del derecho.

⁶⁶⁹ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-A, Pág. 742. El agregado nos pertenece.

Si bien este análisis corresponde a la teoría general constitucional (y a ella nos remitimos), aquí cabe destacar que los **principios de unidad e igualdad** de los derechos fundamentales en argentina encuentran su fuente tanto en el texto escrito de la Constitución argentina como en los instrumentos internacionales de derechos humanos a los cuales el mismo texto supremo les asignó jerarquía constitucional.

Néstor Sagüés propone una interpretación armonizante y una mutua concordancia entre la compatibilización de los derechos constitucionales y los derechos provenientes del derecho externo (artículo 75 inciso 22 del texto argentino)⁶⁷⁰.

Como se verá a lo largo del capítulo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha brindado recientes directrices interpretativas a los efectos de la razonable ponderación de derechos en el caso de hipotéticas controversias entre ambas fuentes del derecho.

Finalmente, y a los efectos preliminares, también resulta útil agregar que la reforma de la Constitución nacional del año 1994 ha dotado de jerarquía constitucional a ciertas **garantías procesales** instrumentadas a los fines de salvaguardar los derechos en esa norma reconocidos.

Y aplicando el temperamento que sostenemos –paridad jerárquica de todos los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales constitucionalizados–, las garantías procesales tutelan de igual manera los derechos económicos, como así también aquellos de alcance social y cultural.

Normativamente, el artículo 43 de la Constitución nacional reconoce la acción de amparo, la acción de *habeas data* y la acción de *habeas corpus* como mecanismos procesales susceptibles aplicación frente eventuales acciones u omisiones que “*lesione, restrinja, altere o amenace*” derechos reconocidos en el mismo texto.

Nuevamente el principio de unidad e igualdad del sistema de derechos en el ordenamiento argentino permite la utilización de estos mecanismos tuitivos jurisdiccionales para la totalidad de los derechos reconocidos en el texto constitucional como así también en aquellos derechos provenientes de los instrumentos internacionales de igual jerarquía normativa.

Finalmente, se debe reconocer el carácter “bifronte” que poseen estas garantías jurisdiccionales, entendidas como tales, pero asimismo receptadas como derechos a la tutela judicial efectiva. Es decir, estas garantías implican, a su vez, un derecho a la obtención de una tutela judicial (acceso a la justicia) efectiva, y en algunos casos con las características de celeridad que el caso amerita. El desarrollo de esta temática será abordado más adelante en el presente trabajo.

⁶⁷⁰ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Págs. 231.

B) Primera especie: Derecho a la propiedad privada y libertad de emprendimiento económico privado en la Constitución socioeconómica argentina.

El derecho de propiedad privada y la libertad económica de producción conforman el núcleo de los derechos económicos recogidos por el ordenamiento constitucional argentino.

Por otra parte, el principio de unidad de mercado permite los intercambios comerciales en un ámbito determinado y a su vez regulado por los preceptos constitucionales.

El desarrollo de los bienes jurídicos protegidos con jerarquía constitucional se desarrolla a continuación.

1) Derecho de propiedad privada en la Constitución socioeconómica argentina.

La Constitución argentina consagra expresamente el derecho de propiedad privada en tres de sus artículos.

En primer lugar el artículo 14 de la norma dispone, dentro de la enumeración de los derechos y en su parte pertinente que *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ...de usar y disponer de su propiedad...”*.

En la segunda descripción, más amplia y categórica, el artículo 17 de la Constitución nacional reconoce que *“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”*

Finalmente, el artículo 20 de la misma norma señala, en su parte pertinente, que *“Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden...; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos...; testar...”*.

La complementariedad de las tres disposiciones sugiere clasificar y a la vez clarificar las previsiones que surgen como consecuencia de ellas. Así en una primera aproximación, **el bloque constitucional de normas referidas al derecho de propiedad privada:**

- **Proclama un derecho constitucional (y fundamental) a la propiedad privada;**

- **Reconoce un subtipo constitucional de propiedad (u objeto del derecho): la propiedad intelectual, a la cual le asigna un carácter temporal limitable;**
- **Faculta a adquirir, poseer (o mantener), usar, disponer y enajenar (entre vivos y/o *post mortem*) la propiedad;**
- **La reputa como inviolable;**
- **Establece que las restricciones a su privación (titularidad y/o ejercicio) únicamente pueden darse mediante:**
 - a) **ley;**
 - b) **sentencia fundada en ley;**
 - c) **contribuciones impuestas por ley;**
 - d) **expropiación a causa de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada;**
- **Iguala los derechos del ciudadano argentino y extranjero en torno del derecho de propiedad;**
- **Formula la prohibición de trabajos o servicios patrimoniales personales;**
- **Formula la prohibición de requisiciones;**
- **Formula la prohibición a perpetuidad de la confiscación de bienes (sólo a los condenados, en principio);**
- **No reconoce expresamente la función social de la propiedad, sin perjuicio de la construcción judicial del concepto a partir de su confusión con la doctrina de la crisis socioeconómica.**

a) Desarrollo histórico.

La Constitución histórica argentina de 1853/1860, se ha dicho, consagra el derecho de propiedad en sus artículos 14, 17 y 20. Sin embargo, los antecedentes constitucionales del año 1819 -artículos 109 y 123- y del año 1826 -artículos 156, 175 y 176- también recogían estos valores jurídicos procedentes del constitucionalismo clásico.

Hacia el año 1949, la constitución de aquél año incorporó la función social de la propiedad, aunque el reestablecimiento del texto histórico de 1853 en el año 1955 y la inclusión del artículo 14 bis en el año 1957 –derecho del trabajo y la seguridad social- retrotrajo la esencia clásica del concepto moderado con tal añadido.

Recién en la reforma de la norma suprema del año 1994 fueron incorporadas cláusulas relativas a la utilización social de la propiedad privada, conjuntamente con la protección de los usuarios, consumidores y el cuidado ambiental.

b) Naturaleza jurídica. Un derecho constitucional/fundamental. Sus restricciones.

El bloque de normas constitucionales que tutelan el derecho de propiedad permite trazar nociones sobre su naturaleza jurídica, diferenciándola de la definición jusprivatista clásica del dominio privado de reminiscencias propias del derecho romano⁶⁷¹. Empero las conceptualizaciones elaboradas por la máxima jurisprudencia muchas veces cedieron ante la prevalencia de la codificación civil⁶⁷².

En uno de los primeros pronunciamientos judiciales expresamente referido al derecho de propiedad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sentado, en el año 1871 que el Poder Ejecutivo “*no puede extinguir sino en la forma y por las razones de derecho, y a la que no puede privar del dominio de los bienes que le pertenezcan*”⁶⁷³.

Posteriormente, en el año 1905 el mismo órgano afirmó “*el principio que garante el dominio como un derecho inviolable, no ampara ni puede amparar la tenencia de objetos, cosas o personas sobre los que la ley no reconoce*”⁶⁷⁴.

Hacia el año 1922 expuso que “*definiendo el congreso el concepto de propiedad, en lo que a la tierra se refiere... ha establecido que ella confiere, fuera de otros, el derecho de usarla y gozarla según voluntad del propietario... con tal que no se ataquen derechos de terceros y se cumplan las restricciones impuestas por el derecho administrativo y por el derecho común...*”⁶⁷⁵. Se observa que hasta esos años el juzgador supremo identificaba el derecho de propiedad con las atribuciones que otorga el derecho de dominio sobre las cosas.

Recién en el año 1925 el máximo tribunal argentino ensayó una definición del objeto susceptible de apropiación –extendiéndola por demás del dominio- tutelada por el derecho constitucional de propiedad privada. Afirma que la propiedad comprende “*todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional*”

⁶⁷¹ Louzán de Solimano, Nelly; Curso de historia e instituciones de derecho romano, Editorial Lumiere, Buenos Aires, 2001, Pág. 215 y ss..

⁶⁷² Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “D. Doroteo García c./ Provincia de Santa Fe s/ competencia” de 21 de julio de 1870 (Fallos 9:277).

⁶⁷³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Procurador fiscal y del tesoro de la Provincia de San Juan c./ Sociedad Beneficiaria de Señoras s/ entrega de fondos e inconstitucionalidad” (Fallos 11:139) de 21 de noviembre de 1871

⁶⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ramón González, por violación de la ley n° 4097 sobre juegos de azar s./ inconstitucionalidad” (Fallos 103:255) de 16 de diciembre de 1905.

⁶⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Municipalidad de Federación c./ Juan Baylina s/ retiro de majadas de ovejas del Ejido de ese municipio” (Fallos 116:116) de 22 de octubre de 1912.

de *propiedad*”⁶⁷⁶. Las bases de esta definición pretoriana persisten hasta hoy día, tal como seguidamente será expuesto.

A partir de este y otros pronunciamientos el derecho de propiedad se constituyó como un verdadero derecho subjetivo fundamental cuyo contenido comprende su uso y disposición – protegido por su inviolabilidad-. El objeto del derecho lo comprenden los intereses económicamente apreciables y legalmente susceptibles de apropiación, en la terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Cronológicamente, el bloque de normas que integran el reconocimiento del derecho de propiedad se mantendrá incólume hasta la actualidad –con la excepción de la breve vigencia de la Constitución del año 1949 hasta 1955 y el reestablecimiento de la Constitución histórica-, sin perjuicio de los agregados provenientes de la reforma del año 1994.

Mucho más adelante en el tiempo y en el plano de la **dimensión internacional de los derechos humanos (cuya normativa posee jerarquía constitucional en el ordenamiento constitucional Argentino)**, el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o “Pacto de San José de Costa Rica”) dispone en su artículo 21 que *“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”*.

En esta inteligencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuyos pronunciamientos poseen jerarquía constitucional en el caso argentino⁶⁷⁷) se pronunció sobre el objeto del derecho de la propiedad afirmando que *“los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”*.

Respecto a la inviolabilidad del derecho expresó también que *“para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad consagrado en la Convención, debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y practicarse según las formas establecidas por la ley”*⁶⁷⁸.

Resulta claro que la fuente internacional del derecho aportó valiosos elementos que componen el derecho de propiedad privada, los cuales serán estudiados más adelante.

⁶⁷⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Bourdieu, Pedro c./ Municipalidad de la Capital” de 16 de diciembre de 1925 (Fallos 145:307). El subrayado es agregado.

⁶⁷⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Girolodi, Horacio s./ recurso de casación” (Fallos 318:514) de 7 de abril de 1995 y más adelante “Videla, Jorge y Massera, Emilio s./ recurso de casación”, de 31 de agosto de 2010, entre otros.

⁶⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia de 6 de febrero de 2001.

Entre las opiniones doctrinales, décadas atrás, Rafael Bielsa entendía que el concepto de propiedad comprende todo lo que es susceptible de valor económico o apreciable en dinero, sea objeto corporal o incorporeal y ya se adquiriera de manera originaria o derivada⁶⁷⁹.

Para Agustín de Vedia aquél término incluye todo derecho patrimonial que es susceptible de hallarse bajo la voluntad de una persona⁶⁸⁰.

Adolfo Ziulu opina que la propiedad incluye el uso y disposición de todos los bienes materiales e inmateriales que pueden integrar el patrocinio de una persona⁶⁸¹.

Rodolfo Spisso estima que la propiedad genera una relación o vínculo entre personas con las cosas, bienes o valores bajo el amparo del Estado que permite usarla, disfrutarla y disponerla⁶⁸².

Carlos Nino, desde la filosofía del derecho, plantea no pocos problemas en referencia a la naturaleza jurídica de un concepto “sintético” que “consiste en reemplazar la mención de una conjunción de consecuencias jurídicas en frases que indican un hecho condicionante y en reemplazar la mención de una disyunción de hechos condicionantes en oraciones que señalan una cierta consecuencia”⁶⁸³.

En concreto, el derecho de propiedad en Argentina es un derecho subjetivo constitucional/fundamental que la norma en forma expresa la reputa como “inviolable”. Seguidamente se consignan tres prohibiciones expresas que el texto prevé.

Prohibición de la confiscación de bienes a perpetuidad.

La confiscación de bienes es el apoderamiento del objeto del derecho de propiedad por parte del Estado sin mediar las limitaciones que taxativamente enuncia la norma suprema, es decir, mediante ley, sentencia fundada en ley, tributos o expropiación.

El artículo 17 de la Constitución argentina consigna que la confiscación queda abolida “para siempre del Código Penal argentino”.

De una primera lectura parecería que la confiscación quedaría eliminada –a perpetuidad– únicamente como sanción principal o accesoria en el caso de condena penal.

Sin embargo gran parte de la literatura constitucional estima que respecto a ello debe darse una interpretación más amplia. Es decir, la prohibición de confiscación de bienes alcanza tanto en materia penal como en toda otra rama del derecho argentino. Como afirma Germán Bidart

⁶⁷⁹ Bielsa, Rafael; Derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959, Pág. 352

⁶⁸⁰ De Vedia, Agustín; Derecho constitucional y administrativo, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1964, Pág. 288.

⁶⁸¹ Ziulu, Adolfo; Derecho Constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, tomo II, Pag. 260.

⁶⁸² Spisso, Rodolfo; Derecho constitucional tributario, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, Pág. 31.

⁶⁸³ Nino, Carlos; Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, Pág. 214.

Campos, la cláusula funciona como abolición lisa y llana de la confiscación; “vedada como pena, no puede subsistir bajo ningún otro título. De ahí que toda privación arbitraria de la propiedad se equipare a la confiscación y sea inconstitucional”⁶⁸⁴.

Esto se diferencia con otro tipo de figuras o situaciones empíricas innominadas infraconstitucionales o que no implican confiscación.

Néstor Sagüés enumera un catálogo de casos a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre los que se encuentran, amén de las figuras de expropiación, imposición tributaria que más adelante analizaremos, las siguientes: a) restitución de bienes logrados ilícitamente; b) sanciones patrimoniales; c) indemnizaciones laborales a favor de los trabajadores; d) cargas sociales; e) aumentos salariales, aunque el giro de la empresa arroje pérdidas; f) alquileres fijados judicialmente; g) incautación de bienes que no le corresponden, y; h) regulaciones de honorarios. Nótese que en todos los casos las resoluciones son judiciales en base a leyes previamente sancionadas y, en lo cuantitativo de su alcance, en el marco de la razonabilidad.

En este mismo orden de ideas el autor ejemplifica casos en los que sí se evidencia confiscación, como por ejemplo: a) tributos excesivos; b) rebaja (grave) de haberes provisionales; c) honorarios profesionales excesivos; d) desapoderamiento de bienes sin indemnización previa⁶⁸⁵.

El caso de confiscación de la propiedad enemiga. Jurisprudencia.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Merck Química c./ Gobierno de la Nación” de fecha 9 de junio de 1948⁶⁸⁶ el máximo tribunal argentino entendió sobre la constitucionalidad de decretos que dispusieron la incautación y venta de bienes pertenecientes a personas jurídicas que habían sido representantes, filiales o sucursales de firmas radicadas en países enemigos declarados en conflictos beligerantes (en el caso, Japón y Alemania durante la Segunda Guerra Mundial).

En el caso el tribunal reputó la constitucionalidad de la pérdida de la propiedad privada (la facultad de “secuestrar y confiscar toda propiedad de un enemigo”) en el ámbito de guerra o conflictos armados.

⁶⁸⁴ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 372.

⁶⁸⁵ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Págs. 499 a 502.

⁶⁸⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Merck Química c./ Gobierno Nacional” (Fallos 211:162) de 9 de junio de 1948.

Cabe destacar que esta posición ha sido duramente criticada por la doctrina constitucional más calificada⁶⁸⁷, por no haberse arraigado a los antiguos criterios sobre las “presas de guerra” que, paradójicamente fueron expuestos por el mismo cuerpo en la sentencia indicada⁶⁸⁸.

Prohibición de trabajos o servicios patrimoniales personales compulsivos o requisiciones.

El artículo 17 de la Constitución argentina refuerza la inviolabilidad de la propiedad y privada y prohíbe expresamente los trabajos o servicios patrimoniales compulsivos y las requisiciones. La raíz del precepto ubica los apoderamientos por parte de milicias y ejércitos previos al establecimiento del Estado constitucional argentino en el año 1853.

Sin bien alguno de los trabajos, servicios o requisiciones pueden no tener contenido patrimonial directo (como por ejemplo, el alojamiento temporario de cuerpos armados), la afectación pecuniaria indirecta resulta clara y por lo tanto allí opera la garantía constitucional.

Gregorio Badeni indica que las requisiciones consisten en la apropiación de bienes particulares como medida de carácter general aplicable a toda persona y con el propósito de satisfacer necesidades generales y públicas provocadas por una crisis económica o por un estado de guerra. Por su parte los servicios personales públicos son aquellos cuya prestación puede ser exigida con carácter obligatorio por el Estado sin que medie una ley previa que razonablemente así lo establezca. Así, “son cargas impuestas por el Estado, de manera razonable y respetando el principio de igualdad, para satisfacer las necesidades de la organización política global, o servicios impuestos como sanción u obligación en salvaguarda del bien común”⁶⁸⁹.

Las requisiciones, auxilios en dinero u otras especies o bajo cualquier tipo de ayuda, socorro o alojamiento compulsivo se encuentran abolidos, como explica Germán Bidart Campos, inclusive en caso de hostilidades bélicas⁶⁹⁰.

La norma constitucional es categórica y aún a riesgo de resultar redundante con el carácter inviolable de la propiedad privada, el constituyente histórico ha optado por clarificar estas variantes que afectan aquel derecho.

⁶⁸⁷ Crítica específica recogida en: Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Págs. 502.

⁶⁸⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Delfino, Félix c./ Hall, Enrique s./ reivindicación” (Fallos 3:457) y “Delfino, Félix c./ Ferrando, Ramón s./ presa bélica” (Fallos 4:50), de 21 de junio de 1876 y 26 de enero de 1867, respectivamente.

⁶⁸⁹ Badeni, Gregorio; Tratado de derecho constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires, Tomo I, Págs. 854 y 857.

⁶⁹⁰ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 372.

c) Contenido, objeto y sujetos del derecho.

La complementariedad de los artículos 14, 17 y 20 de la Constitución nacional permiten suponer el **contenido** del derecho, cuyo reducto mínimo no puede ser regulado por el legislador –conforme a cada objeto dominial- sin alterar su sustancia.

En esto resulta vital el cotejo genérico de lo dispuesto en los artículos 14, 19 y 28 de la Constitución nacional, en cuanto a la aplicación de los principios de reserva de ley (límites formales a la regulación del derecho) y razonabilidad (límites materiales a la restricción del derecho), respectivamente.

En cuanto a la enumeración de funciones a las que el derecho está llamado a realizar -o dimensión subjetiva del derecho de propiedad- el texto constitucional argentino señala, en orden por su articulado, la atribución de:

- a) uso de la propiedad (artículo 14);
- b) disposición (artículo 14);
- c) apropiación de la invención (artículo 17);
- d) apropiación del descubrimiento, en el caso de la propiedad inmaterial (artículo 17);
- e) posesión (artículo 20);
- f) compra (artículo 20);
- g) enajenación –entre vivos o *post mortem*- (artículo 20).

Así, el espectro de actuación de la relación de la persona con el derecho de propiedad se encuentra abarcado íntegramente. De esta forma, el *iter* propietario constitucionalmente protegido comprende:

1. **el acceso** (en cuanto a posibilidad de acceder) a la propiedad. Es decir la garantía del libre acceso. Sobre esto, María Angélica Gelli afirma que el derecho de propiedad es un derecho “de los que ya poseen”⁶⁹¹. Las variantes de accesibilidad al derecho son dadas generalmente en razón de la normativa infraconstitucional. Sin perjuicio de ello, la Constitución argentina acuña las siguientes variantes:

- derecho a la compra, en el caso de bienes materiales;
- derecho de adquisición a título gratuito (por ejemplo, mediante donación, herencia o legado);
- derecho apropiación de la invención y/o el descubrimiento, en el caso de bienes inmateriales.

2. una vez consolidado el derecho de propiedad, su contenido se extiende hacia su **uso y disfrute**. El legislador ordinario es quien posee la facultad de modular aquellos contenidos, sin perjuicio de lo que expresamente la norma constitucional ha recogido, como ser:

⁶⁹¹ Gelli, María Angélica; Constitución de la Nación argentina, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, tomo I, Pág. 103.

- el uso y la posesión de la propiedad privada, en sentido estricto;
- la posesión, en el sentido del disfrute característico de los derechos reales (a modo de ejemplo, percepción de frutos y productos);
- la disposición de ese uso y disfrute la propiedad, en el sentido de la cesión temporal de uso a otro sujeto (a título oneroso o gratuito) manteniendo la titularidad del derecho.

3. **la disposición completa y perfecta** del objeto del derecho mediante y la consecuente transferencia de la propiedad a otro sujeto, mediante las siguientes variantes:

- enajenación del objeto (a título oneroso o gratuito);
- disposición *post mortem* del objeto (ejemplificando, mediante instrumentación de un acto de última voluntad -testamento o legado-)

En cuanto al **objeto del derecho** -algunas veces identificado en la doctrina con el contenido- cabe mencionar que el legislador ordinario lleva a cabo su regulación en oportunidad de modular el régimen de cada uno de los estatutos dominicales, variantes a su vez del derecho de propiedad privada. Este objeto del derecho lo conforman los bienes jurídicos –materiales o inmateriales- legalmente susceptibles de apropiación mediante las formas establecidas asimismo por la norma (por ejemplo, mediante adquisición, descubrimiento, herencia, usucapión, entre otros).

Genéricamente, el objeto del derecho de propiedad resulta inhibido en los casos que:

i. Su tratamiento como “cosa susceptible de apropiación” ha sido prohibida por la norma, generalmente de carácter infraconstitucional. Sobre esto, **el texto supremo argentino reconoce una expresa prohibición de apropiación: la “cosificación” y/o apropiación de la persona humana**. La raíz del precepto remite a la abolición definitiva de la esclavitud, cuyo anterior antecedente se evoca al período preconstitucional⁶⁹². El artículo 15 de la Constitución nacional establece que *“En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”*. Por lo tanto, y en la misma línea del resto de los derechos y principios que tutelan a la persona y su dignidad, el texto constitucional argentino prohíbe expresamente la

⁶⁹² En el año 1813, la Asamblea General Constituyente del Año XIII, convocada por el Segundo Triunvirato dictó la “libertad de vientres”, consistente en el otorgamiento de la libertad a los hijos de las personas esclavas nacidas con posterioridad al 31 de enero de 1813. Nótese que el texto del artículo 15 de la Constitución argentina de 1853 expresa que *“En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución...”*, esto es, la declaración de libertad de aquellos esclavos que habiendo nacido con anterioridad al año 1813, aún se encontraban sometidos al régimen de esclavitud hacia el año 1853.

“cosificación” de la persona humana o su identificación como objeto susceptible de apropiación pública o privada.

ii. Su intercambio a título oneroso ha sido prohibido por la ley ordinaria, aunque su tenencia -o eventualmente su intercambio a título gratuito- así no lo sea. Es posible citar como ejemplo, el caso que la legislación subconstitucional permita la celebración de un contrato de donación (pero no de compraventa) de tejidos corporales⁶⁹³.

iii. Por último y en relación a la función del Poder Legislativo nacional de dictar normas jurídicas a los fines de protección y seguridad de las zonas de frontera (artículo 75 inciso 16 de la Constitución nacional), es posible restringir la posibilidad de apropiación de aquellos bienes inmuebles;

La doctrina constitucional argentina ha expuesto repertorios de casos a partir de los cuales – y a la actualidad- la Constitución nacional despliega su garantía y reconoce y asegura el derecho de propiedad privada⁶⁹⁴:

- a) derecho de dominio –sobre bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el mercado de intercambio⁶⁹⁵ (es decir, no prohibidas expresamente)- y sus desmembraciones;
- b) concesiones de uso sobre dominio público;
- c) concesiones sobre servicios públicos;
- d) derechos emergentes de contratos (tanto entre particulares como los celebrados con la administración pública);
- e) actos jurídicos de disposición y uso de la propiedad;
- f) derechos subjetivos adquiridos (en virtud de norma jurídica, contrato, o sentencia firme);
- g) actos procesales válidamente cumplidos durante un proceso judicial, aunque existe discrepancia en la doctrina y jurisprudencia respecto a las categorías “derechos litigiosos” y “derechos no discutidos”⁶⁹⁶;
- h) derechos emergentes de la seguridad social, una vez que pasa en autoridad de cosa juzgada administrativa;
- i) efecto liberatorio del pago, siempre que haya sido en tiempo y forma;
- j) irretroactividad de la ley;
- k) derecho hereditario;

⁶⁹³ Gil Domínguez, Andrés; Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 86.

⁶⁹⁴ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Págs. 356 a 370.

⁶⁹⁵ Sobre el ejemplo del agua como cosa susceptible de ser objeto del derecho de propiedad, Marienhoff, Miguel; Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, Pág. 66.

⁶⁹⁶ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 484.

- l) salarios y haberes previsionales, desde que fueron devengados;
- m) propiedad intelectual, industrial y comercial, la cual desarrollaremos seguidamente.

En referencia a los **sujetos titulares** del derecho de propiedad afirmamos que la norma habilita a todas las personas privadas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución nacional, el sujeto activo del derecho no hace diferencia entre nacionales o extranjeros. Aún más, la Constitución histórica argentina propendía al fomento de las actividades productivas con fuerte participación del capital y de los ciudadanos extranjeros. Por ejemplo, su artículo 25 prevé que “*El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes*”. Es decir, expresamente el texto garantiza a los extranjeros la posibilidad (ergo, el derecho) de “labrar la tierra”.

En el mismo orden de ideas, el artículo 75 inciso 18 (ex artículo 67 inciso 16 de la Constitución histórica) conduce al Congreso de la nación a proveer lo conducente a la prosperidad del país, entre los que se encuentra la promoción de la inmigración, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias –entre ellas la industria agroalimentaria- y la importación de capitales extranjeros⁶⁹⁷.

En el año 1852 y en los albores de la redacción de la Constitución histórica argentina, el pensamiento histórico de Juan Bautista Alberdi afirmaba que “La inmigración espontánea es la verdadera y grande inmigración. Nuestros gobiernos deben provocarla, no haciéndose ellos empresarios, no por mezquinas concesiones de terrenos habitables por osos, en contratos falaces y usurarios, más dañinos a la población que al poblador, no por puñaditos de hombres, por arreglillos propios para hacer el negocio de un especulador influyente; eso es la mentira, la farsa de la inmigración fecunda”⁶⁹⁸.

Pero sin lugar a dudas es en el año 1854 en el estudio del sistema económico y rentístico donde aquél autor describe mejor los lineamientos constitucionales productivos. En él explicaba que no es posible concebir una ley que proteja la inmigración por restricciones y prohibiciones. Estimaba que “tampoco se concibe cómo pudiera la ley alcanzar la introducción de nuevas

⁶⁹⁷ Sobre el estudio de la accesibilidad de bienes inmuebles por personas extranjeras en el territorio argentino en relación a los preceptos constitucionales, ver: Cao, Christian; “Los extranjeros y la limitación del derecho a la accesibilidad de la propiedad privada. Críticas y propuestas al proyecto del Poder Ejecutivo nacional de protección al dominio nacional sobre tierras rurales”, en Revista Jurídica La Ley, suplemento actualidad, edición de 13 de septiembre de 2011, Págs. 2 y 3.

⁶⁹⁸ Alberdi, Juan Bautista; Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1988 [1852], Págs. 92 y 93.

industrias y la importación de capitales extranjeros, cerrándoles la puerta del país con prohibiciones o con limitaciones y restricciones equivalentes a una prohibición indirecta”⁶⁹⁹.

Sobre la eventual titularidad de bienes por parte del Estado, el artículo 4 de la Constitución argentina expone que “*El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional*” (el subrayado es agregado).

En el mismo sentido, el artículo 75 dispone que corresponde al Congreso de la nación en su inciso 5: “*Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional*”, y en su inciso 18 “*Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo*” (el subrayados es agregado).

Finalmente y en virtud de otra de las competencias del Congreso de la nación se consigna en el mismo artículo, inciso 30 que le corresponde a ese órgano “*Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.*” (el subrayado es agregado)

Sostenemos que **el tratamiento de la propiedad inmueble en relación a la titularidad del Estado refiere a cuestiones competenciales del mismo, sean de dominio público o privado, y que no pertenecen al concepto constitucional del derecho de propiedad**⁷⁰⁰.

Los derechos subjetivos pertenecen a las personas –físicas o jurídicas- y no a las entidades públicas, sin perjuicio del especial tratamiento que puedan serle reconocidas en casos especiales. Parte de la doctrina constitucional argentina se ha inclinado por dicho temperamento.

Desde posturas históricas Juan González Calderón relaciona el concepto de “propiedad” de las tierras con el ejercicio de las facultades del Congreso sobre venta, locación, colonización y

⁶⁹⁹ Alberdi, Juan Bautista; Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1913 [1854], Pág. 44.

⁷⁰⁰ Sobre nuestra postura en el debate acerca de si el Estado posee derechos o únicamente competencias, Cao, Christian; “El Estado y la legitimación activa en la acción de amparo ¿En resguardo de sus intereses o en defensa de los derechos?” en Revista Jurídica La Ley, edición de 10 de diciembre de 2010.

promoción de la inmigración⁷⁰¹. Es decir, el concepto de “propiedad” aquí parecería referir – para el autor- a la “administración” de tierras conforme las finalidades del bien común y no en el sentido estricto del concepto de “derecho constitucional/fundamental” reservado a las personas privadas.

Más recientemente, Néstor Sagüés afirma que se el enunciado expuesto trata de venta o locación de cualquier bien del Estado, como por ejemplo sus empresas⁷⁰²

La propiedad de la tierra y los pueblos indígenas u originarios.

El contexto humanista de la norma constitucional argentina refiere a la ligazón de los pueblos indígenas con el espacio territorial –inmueble- cuyo arraigo forma parte del derecho de identidad de los pueblos originarios⁷⁰³. Esta línea de pensamiento ha sido recogida en la reforma de la Constitución nacional del año 1994 en el artículo 75 inciso 17.

La norma establece que corresponde al Congreso de la nación “*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.*” (el subrayado es agregado)

El texto destaca la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos y consecuentemente “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”.

Fiel al reconocimiento y respecto de sus orígenes históricos, la norma suprema pretende asegurar el culturalismo de los pueblos originarios a partir del resguardo de la posesión y titularidad de las tierras que tradicionalmente ocupan, añadiéndole las garantías de inajenabilidad, intransmisibilidad e inembargabilidad.

Esto impide el desarraigo forzoso de aquellas comunidades en paralelo con el respeto al multiculturalismo⁷⁰⁴. Es entonces función de la ley articular y ponderar axiológicamente estos

⁷⁰¹ González Calderón, Juan; Curso de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988 [1923], Pág. 392.

⁷⁰² Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 155.

⁷⁰³ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo II-B, Pág. 68.

⁷⁰⁴ Gil Domínguez, Andrés; Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales, Editorial Ediar, 2009, Pág. 140.

preceptos con el régimen de propiedad privada de las tierras que ocupan y de “otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”, tal como impone la Constitución argentina.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a la operatividad de la cláusula bajo análisis en el asunto “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c./ Secretaría de Medio Ambiente”. En este caso ha tutelado *“la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente provocados por la actividad autorizada por la administración - mediante los actos cuestionados-, consistentes, entre otros, en la eliminación del bosque a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como la pérdida de especies (alteración de la biodiversidad), cambios climáticos y desertización (debida a la erosión y salinización del suelo); y la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena -donde también viven algunos de sus miembros-, en las que, además de hallarse un pozo de agua que la abastece, se encuentra la escuela y una represa, construidas y destinadas al uso de sus integrantes”*⁷⁰⁵.

Finalmente, cabe destacar que desde la doctrina constitucional han surgido críticas a la forma de tutela por cuanto “impone una determina forma organizativa” no conciliada con los valores pertenecientes a los pueblos originarios⁷⁰⁶.

Un subtipo de derecho de propiedad u objeto de jerarquía constitucional: la propiedad intelectual y su temporalidad.

Desde la Constitución histórica de 1853, **el ordenamiento argentino reconoce un subtipo de derecho de propiedad, o bien objeto del derecho específico expresado en la norma, de índole inmaterial: la propiedad intelectual.**

Esto además dotado de una particularidad. El artículo 17 de la Constitución argentina le asigna un **carácter temporal limitable**, a determinar por el legislador.

La reforma de la ley fundamental de 1994 reforzó el criterio estableciendo en su artículo 75 inciso 19 que corresponde al Congreso de la nación *“Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”*. Por lo tanto la protección de las obras de autor encuentra una protección constitucional reforzada.

⁷⁰⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c./ Secretaría de Medio Ambiente” de 11 de julio de 2002. El subrayado es agregado.

⁷⁰⁶ Ramírez, Silvina; “Derecho de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, en: Gargarella, Roberto (compilador); Teoría y crítica del derecho constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, tomo II, Pág. 911. Ver también, Puga, Mariela, “Intervención judicial y nuevos espacios públicos. El caso de los cañones de nieve en el Cerro Chapelco y el Pueblo Mapuche” en: Gargarella, Roberto (compilador); Teoría y crítica del derecho constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, tomo II, Págs. 933 y ss.

La consecuencia directa de esta última cláusula es la obligación del legislador de llevar a cabo medidas para la protección del derecho –sin perjuicio de la aplicación directa y de la fuerza normativa del enunciado del artículo 17 de la Constitución- atendiendo el límite temporal que razonablemente el legislador debe modular y asegurando la libertad cultural y la circulación de las obras frente a eventuales restricciones físicas y/o normativas.

Además, y en virtud de la jerarquía constitucional que poseen ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos a partir de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, el derecho de la propiedad intelectual recibe protección desde la dimensión externa del derecho.

La propiedad intelectual desde la dimensión internacional del derecho: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Con anterioridad se ha expuesto que en virtud de lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución argentina, ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos comparten la jerarquía suprema con el texto escrito. Uno de esos instrumentos es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esta norma internacional dispone en su artículo 15, inciso 1 que “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen en derecho de toda persona a: ...c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”

También ha sido señalado anteriormente que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –órgano internacional de supervisión del mencionado Pacto- posee capacidad para el dictado de normativa jurídica internacional, cuestión que en la doctrina argentina ha dividido las posturas alrededor de su posición jerárquica.

Para algunos autores del pensamiento constitucional argentino, esta normativa internacional derivada también gozaría de jerarquía constitucional y sería directamente vinculante. Otros, en cambio, sostienen que ocuparía un nivel inferior y su aplicación sería meramente orientadora⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ Sobre un panorama de la doctrina argentina en la materia, ver: Sagüés, Néstor; “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, Revista jurídica La Ley, edición de 11 de agosto de 2010; Bidart Campos, Germán; El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004, Pág. 455; Gil Domínguez, Andrés; La regla de reconocimiento constitucional argentina, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, Pág. 68 y 70; Cao, Christian Alberto; “Control de constitucionalidad más control de convencionalidad. Un nuevo paso en la tutela de los derechos fundamentales”, Revista Jurídica La Ley, edición del 24 de septiembre de 2010, entre otros. En diferentes posiciones, Bianchi, Alberto; “Una reflexión sobre el llamado control de

En anteriores oportunidades hemos expresado nuestra posición, enrolada en el primero de los criterios señalados⁷⁰⁸. En la jurisprudencia suprema, los recientes pronunciamientos evidencian una línea argumentativa de cierta uniformidad mayoritariamente inclinada hacia el primer temperamento⁷⁰⁹.

En este orden de ideas, el Comité Internacional mencionado ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Mediante la Observación General n° 17 (noviembre de 2005), aquél órgano ha dejado claro que el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora es un derecho humano, que deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona. Sin embargo agrega que los derechos de propiedad intelectual (que de aquel derecho se deriva) son generalmente de índole temporal y es posible revocarlos, autorizar su ejercicio o cederlos a terceros, por lo que no se los considera derechos fundamentales, inalienables y universales del individuo y, en ciertas circunstancias, de grupos de individuos y de comunidades.

Para el Comité Internacional, los derechos de propiedad intelectual son, ante todo, medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto.

convencionalidad”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, septiembre de 2010; Badeni, Gregorio; “Soberanía y reforma constitucional”, Revista Jurídica El Derecho, t: 161:880; Hitters, Juan; “Algo más sobre el proceso trasnacional” en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (compilador); Derecho procesal constitucional, Editorial Porrúa, México, 2001, Tomo I, Pág. 805, entre otros.

⁷⁰⁸ Cao, Christian; “La protección de los derechos económicos y sociales. El aporte del Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en Revista Jurídica La Ley, (suplemento actualidad), edición de 17 de junio de 2011. También, Cao, Christian; “Control de constitucionalidad más control de convencionalidad. Un nuevo paso en la tutela de los derechos fundamentales” en Revista Jurídica La Ley, Tomo 2010-E, Pág. 7, Buenos Aires, 24 de septiembre de 2010; Cao, Christian; “El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo y las reglamentaciones irrazonables” en Revista Jurídica La Ley, Tomo 2011-B-658, Buenos Aires, 29 de abril de 2011; Cao, Christian; “El principio democrático y los esquemas regionales. Gobierno, ciudadanía y legitimidad en los procesos de integración”, en Saddy, André (coordinador) Direito Público Econômico Supranacional, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, Brasil, mayo de 2009. Cao, Christian; “El Estado argentino: De la Revolución de Mayo a la integración regional. Algunas reflexiones a doscientos años de su formación”, en AA.VV. Homenaje al Bicentenario de la Revolución de Mayo, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, agosto de 2010.

⁷⁰⁹ Tal vez la sentencia más reciente y clara de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta cuestión sea “Videla, Jorge y Massera, Emilio s./ recurso de casación”, de 31 de agosto de 2010. Sobre pronunciamientos anteriores ver: “Felicetti” (Fallos 323:4130, LL 2001-B-64), “Arancibia Clavel” (Fallos CSJN 327:3294), “Espósito” (LL 2005-B-161; 2004), “Simón” (Fallos 328:2056), “Casal, Matías” (LL 2005-F-110) y “Mazzeo, Julio s/recurso de casación” (fallos 330:3248 – LL 2007-D-426), entre otros.

En fin, **el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora tiene por finalidad fomentar la contribución activa de los creadores a las artes y las ciencias y al progreso de la sociedad en su conjunto.**

Resulta evidente que el órgano internacional ha adoptado un criterio diferenciador entre la propiedad como derecho fundamental o como derecho patrimonial. Se ha abrazado a posiciones similares a las expuestas, por ejemplo por Luigi Ferrajoli por cuanto ha afirmado que “hay un equívoco, debido al carácter polisémico de la noción de “derecho de propiedad”, con el que se entiende –tanto en Locke como en Marshall- al mismo tiempo el derecho a ser propietario” y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien”.

Aquel autor explica, siempre en su postura, cuatro diferencias entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales:

- i. La primera de ellas consiste en el hecho que los derechos fundamentales (incluye aquí el derecho de adquirir bienes objeto de propiedad) son derechos universales, mientras que los derechos patrimoniales no lo son (o sea, son derechos singulares).
- ii. La segunda es que los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, intransigibles y personalísimos. En cambio los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.
- iii. La tercera diferencia tiene que ver con la estructura jurídica de los derechos. Los derechos fundamentales tienen su título en la ley (*ex lege*) o sea conferidos mediante reglas generales (normalmente Constituciones), en cambio los derechos patrimoniales están sujetos (adquisición, modificación o extinción) a actos jurídicos (actos singulares).
- iv. Finalmente, los derechos fundamentales son verticales, por cuanto, en cambio los derechos patrimoniales son horizontales. Ello en el sentido del tipo de relaciones jurídicas (tipo civilista vs. tipo publicista, por un lado; y abstenciones particulares – derecho de crédito- o erga omnes –derecho real- vs. obligaciones a cargo del Estado, por el otro)⁷¹⁰.

⁷¹⁰ Ferrajoli, Luigi; Derechos y garantías. La ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 2001, Págs. 32 a 72. Ver las críticas y el debate que sobre este punto se ha suscitado con los aportes de Riccardo Guastini; “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, Vitale, Ermanno; “¿Teoría general del derecho o fundación de una República óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli”; Zolo, Danilo; “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los ‘derechos fundamentales’”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”; todas publicadas en Ferrajoli, Luigi (compilación); Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001, Págs. 57 a 62, 63 a 75, 76 a 103, respectivamente.

Cuesta aceptar sin más tal criterio si a la vez se sostiene que todos los derechos requieren conductas tanto positivas –o de acción- como negativas –o de abstención- por parte del Estado y de los particulares.

En este orden de pensamiento y desde la literatura filosófica constitucional argentina, Víctor Abramovich y Christian Courtis, estiman que diferencia entre derechos clásicos de abstención, y los derechos económicos, sociales y culturales, o derechos sociales en sentido amplio son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales⁷¹¹. Este debate también ha sido recreado en otras latitudes⁷¹². Excede el presente trabajo profundizar acabadamente sobre este aspecto, pero resulta oportuno transpolar esta polémica a la luz de la protección del derecho de la propiedad intelectual.

Retomando el análisis normativo internacional, la Observación General del Comité Internacional nº 17 acerca elementos esenciales, relacionados entre sí, que deben ser recogidos por los Estados parte, a saber: a) disponibilidad de una legislación y una reglamentación adecuadas, así como de recursos administrativos, judiciales y otros apropiados para la protección de los intereses morales y materiales de los autores; b) accesibilidad, o acceso a recursos administrativos, judiciales y otros recursos apropiados para proteger los intereses morales y materiales que correspondan a todos los autores por sus producciones científicas, literarias o artísticas. La accesibilidad tiene cuatro dimensiones que coinciden parcialmente: física, económica (asequibilidad), a la calidad de la protección y a la información.

Marcela Basterra, sobre esto último –acceso a la información-, entiende que el derecho de acceso a la información pública (por ejemplo, a los registros de propiedad intelectual), como derecho individual y colectivo, es un desprendimiento del derecho a la información con plena autonomía y a la vez condicionante para el ejercicio de otros derechos⁷¹³.

Finalmente, la normativa internacional reconoce la imposición de limitaciones (equilibradas con otros derechos del Pacto) aclarando que, en determinadas circunstancias, tal restricción puede requerir medidas compensatorias, como el pago de una indemnización adecuada por la utilización de producciones científicas, literarias o artísticas en bien del interés público.

El Comité destaca la relación íntima entre el derecho de la propiedad intelectual y los demás derechos económicos, sociales y culturales y la necesaria búsqueda del equilibrio en cuanto a su eficacia. Afirma que “Al tratar de lograr ese equilibrio, no deberían privilegiarse

⁷¹¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian; Los derechos sociales como derechos exigibles; Editorial Trotta, Madrid, 2002, Pág. 25.

⁷¹² Stephen Holmes y Cass Sustein ponen en énfasis además en el costo de los derechos ya que “la financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos”. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass; El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, Pág. 69.

⁷¹³ Basterra, Marcela; El derecho fundamental de acceso a la información pública, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, Págs. 10 y 25.

indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones. Por consiguiente, los Estados Partes deberían cerciorarse de que sus regímenes legales o de otra índole para la protección de los intereses morales o materiales que correspondan a las personas por razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas no menoscaben su capacidad para cumplir sus obligaciones fundamentales en relación con los derechos a la alimentación, la salud y la educación, así como a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, o de cualquier otro derecho reconocido en el Pacto” (el subrayado nos pertenece)

Sucede que, como la norma lo expone, la propiedad intelectual es un producto social y tiene por lo tanto una función social. Así, y en el marco de la ponderación de valores, los Estados tienen el deber de impedir que se impongan costos irrazonablemente elevados para, a modo de ejemplo, el acceso a medicamentos esenciales, semillas u otros medios de producción de alimentos, o a libros de texto y material educativo, que menoscaben el derecho de grandes segmentos de la población a la salud, la alimentación y la educación.

En el mismo sentido de la ponderación, el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclara que los Estados deben impedir el uso de los avances científicos y técnicos para fines contrarios a la dignidad y los derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, la salud y la vida privada, y expone un ejemplo contundente: eventualmente excluir de la patentabilidad los inventos cuya comercialización pueda poner en peligro el pleno ejercicio de esos derechos⁷¹⁴. Por último asevera que los Estados parte deberían estudiar en qué medida la comercialización del cuerpo humano o de sus partes puede afectar las obligaciones que han contraído en virtud del Pacto o de otros instrumentos internacionales pertinentes de derechos humanos.

En atención a que Argentina ha resuelto dotar de jerarquía constitucional a la normativa derivada de los órganos internacionales que controlan la aplicación de los instrumentos internacionales constitucionalmente jerarquizados (aunque, insistimos en esto la doctrina no es unánime), la directrices expuestas sobre el alcance tuitivo del derecho de la propiedad intelectual forman parte del ordenamiento supremo argentino.

d) Limitaciones y restricciones al derecho de propiedad privada.

El derecho constitucional de propiedad privada, como la gran mayoría de los derechos es susceptible de tener limitaciones. Su **ejercicio, titularidad y función** están sujetos al sistema

⁷¹⁴ Ampliar en: Gil Domínguez, Andrés; “Derecho constitucional de la propiedad intelectual”, Revista Jurídica La Ley, edición del 27 de febrero de 2009, Pág. 1.

general de derechos fundamentales a los fines de armonizarlo tanto con el propio derecho de propiedad de los demás individuos como así también con el resto de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En referencia a su limitación, la titularidad del derecho solamente puede ser alterada bajo las condiciones que expresamente indica la Constitución. Son los casos de expropiación a causa de utilidad pública y sentencia fundada en ley, las cuales deben ser dispuestas por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, respectivamente.

En referencia al límite en el ejercicio del derecho, éste puede ser razonablemente restringido por el legislador en la aplicación del principio de reserva de ley. Es el caso de la reglamentación legal del contenido del derecho en su dimensión subjetiva o bien de las atribuciones que surgen a partir del ejercicio del derecho.

Es posible asimismo identificar un tercer tipo de restricción referida al principio de justicia contributiva, el cual se relaciona con el poder de tributación o imposición del Estado que también debe observar el principio de legalidad, a partir de su raíz “*no taxation without representation*”, conforme lo establecido en los artículos 4 y 17 de la Constitución argentina.

Relacionando las tipologías de las limitaciones con los órganos a los que la Constitución argentina les atribuye tales competencias, es posible esquematizar el universo de límites que expresamente consigna de la siguiente forma:

Limitaciones/órgano constitucional	Poder Legislativo		Poder Judicial
Referidas a la titularidad del derecho de propiedad	Expropiación a causa de utilidad pública		Sentencia judicial (fundada en ley previa)
Referidas al ejercicio del derecho de propiedad	Regulación del derecho	Fórmulas negativas	-
		Fórmulas positivas	
Referidas al principio de justicia contributiva	Imposición de tributo		-

I) Expropiación a causa de utilidad pública.

La expropiación de bienes a causa de utilidad pública es una de las limitaciones de la propiedad privada en función de la titularidad del derecho -y no de su ejercicio- sostenido en la dimensión temporal. Esto debido a que, a partir de aquel acto público-estatal, el sujeto activo pierde hacia futuro el dominio del bien jurídico cuya titularidad traspasa a otra persona o entidad.

El instituto implica un acto unilateral mediante el cual el Estado adquiere para sí -en general- la propiedad sobre un determinado bien anteriormente bajo titularidad de un particular -también en general-. Ello justificado por causa de utilidad pública declarada mediante ley del Congreso de la nación y previa indemnización al sujeto expropiado del valor de bien en cuestión.

Para alguna doctrina calificada, la expropiación es una compraventa forzosa de carácter administrativo⁷¹⁵. Otros agregan que la expropiación no implica necesariamente la transferencia del bien al dominio público del Estado⁷¹⁶.

En el caso argentino, el instituto de expropiación posee las siguientes características constitucionales, sin perjuicio de aquellas que las normas nacionales -y las provinciales en su caso- reglamenten, siempre conforme a los lineamientos fijados en la norma suprema:

i. Calificación legislativa de “utilidad pública”.

La declaración de utilidad pública mediante ley formal del Congreso de la nación es un elemento indispensable en los términos de la Constitución argentina, conforme lo determina su artículo 17. Es una atribución discrecional de aquel órgano -siempre revisable judicialmente⁷¹⁷- que no puede ser suplantada por ninguna otra norma jurídica.

El concepto de “utilidad pública” ha sido definido como el conjunto de factores y condiciones de la vida social (libertad, igualdad, seguridad, paz, salud, cultura, solidaridad, etc.) necesarios para la realización del hombre, de las familias y de los grupos⁷¹⁸.

Sin bien este criterio de utilidad es sumamente amplio, debe relacionar directamente el bien expropiado con los valores, principios y derechos fundamentales⁷¹⁹. De no encontrar tal nexo o de resultar oculto, falso o irrazonable, eventualmente se podría tender por ausente la “aparente”

⁷¹⁵ Quiroga Lavié, Humberto; Lecciones de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 225

⁷¹⁶ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 378.

⁷¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Municipalidad de la Capital Federal c./ Elortondo, Isabel” de 14 de abril de 1888 (Fallos 33:162)

⁷¹⁸ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 509.

⁷¹⁹ Linares, Juan; Razonabilidad de las leyes, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, Pág. 207.

declaración pública que pretenda justificar el acto expropiatorio, y consecuentemente el acto devendría inconstitucional.

José Canasi, con criterio, agrega que el requisito de utilidad pública no puede ser suplido por el Poder Ejecutivo nacional, ni aún por los jueces⁷²⁰.

ii. Determinación de los bienes a expropiar. ¿Qué bienes son expropiables?

Todos los bienes son susceptibles de expropiación (sean cosas materiales o no), siempre y cuando guarden relación con la noción de “utilidad pública” que posee jerarquía constitucional, tal como recientemente hemos dicho. Es decir, los bienes inmateriales también pueden quedar sujetos al instituto de expropiación, como por ejemplo una patente de invención o modelo de utilidad.

No parece lógico la expropiación del dinero nacional (sí parecería serlo el dinero extranjero), atento a la temporalidad previa de la indemnización, tal como más adelante será expuesto.

Se acepta asimismo que las declaraciones de los bienes a expropiar sean específicas o genéricas, pero no indeterminadas ya que importarían una privación general de bienes de una persona.

Así se ha dicho que *“sería difícil sino imposible que el Congreso estuviere en condiciones de enumerar en el momento de la concesión o de votarse la ley, todo lo que en el presente y en el futuro será indispensable expropiar para obtener la finalidad perseguida”*, inclinándose por la constitucionalidad de una norma que, en el caso ordenaba expropiar “todos los terrenos que sean necesarios” para la construcción de una red de caminos⁷²¹.

iii. Indemnización previa al acto expropiatorio.

La Constitución argentina exige que la indemnización que el Estado debe abonar al sujeto expropiado como consecuencia del acto expropiatorio sea efectivizada de forma **previa** al acto de desapoderamiento del bien. A tales efectos, al Estado le incumbe previamente la tasación del bien a expropiar, cuestión siempre revisable judicialmente.

Cabe destacar que la cuantía dineraria que se abona como acto indemnizatorio no debe consagrar un lucro para la parte expropiada (enriquecimiento indebido), como así tampoco un

⁷²⁰ Canasi, José; Tratado teórico práctico de la expropiación pública, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1967, Tomo I, Pág. 49.

⁷²¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Dirección General de Vialidad c./ Badaracco y Bottaro s./expropiación” (Fallos 183:88), de 17 de febrero de 1939.

menoscabo a su derecho de propiedad (confiscación). Evidentemente el tema no se encuentra exento de dificultades al momento de considerar la respectiva tasación en el caso de activos patrimoniales complejos, como por ejemplo el caso de empresas, o más precisamente grupos de empresas, yacimientos o bienes de valor cultural o histórico.

En síntesis y conforme a la esencia del instituto, la indemnización al expropiado requiere ser “justa e integral” y alcanzar a cubrir el valor del bien más los perjuicios irrogados.

iv. Desposesión y transferencia del bien.

El proceso constitucional bajo análisis finaliza al momento de la posesión del inmueble por parte del Estado, como se expuso anteriormente, previo pago de la indemnización justa al sujeto expropiado.

Ergo, resultan desajustadas a la norma constitucional toda intervención del Estado en la propiedad privada realizada temporalmente con anterioridad a los extremos mencionados.

La titularidad del bien en cuestión no necesariamente debe ser transferida al Estado sino que la utilidad pública objeto de la expropiación puede ser llevada a cabo por una persona física o jurídica privada. A modo de ejemplo puede señalarse la construcción de un hospital público o una escuela pública por parte de un particular en un inmueble sujeto al instituto explicado.

v. Figuras no constitucionalizadas

Por último, cabe destacar que las figuras de **retrocesión, expropiación irregular y ocupación temporaria** no se encuentran recogidas en la Constitución argentina.

Por lo tanto queda a criterio del legislador su eventual instrumentación en la normativa infraconstitucional.

Sin embargo, es de considerar que tales preceptos deben ajustarse a los principios constitucionales que enmarcan el derecho de propiedad privada, conjuntamente con la razonabilidad de la regulación y las pautas rectoras del instituto constitucional de expropiación.

II) Sentencia judicial fundada en ley.

La segunda de las limitaciones constitucionales a la titularidad de la propiedad privada expresamente reconocida en el texto supremo argentino, es la pérdida del derecho de propiedad en virtud de sentencia judicial fundada en ley previa.

A diferencia del instituto expropiatorio, en donde la limitación se asienta en la pérdida de la titularidad en base a un acto legislativo, en este caso la transmisión o pérdida del derecho se fundamenta en una sentencia judicial -con apoyo en ley previa y vigente que la autoriza- con prescindencia de la voluntad del titular del derecho⁷²².

La Constitución –que crea y dota de competencia- expresamente faculta a uno de los poderes constituidos de la potestad de extinguir el derecho de propiedad de un titular y trasladarlo y reconocerlo en cabeza de otro, en todos los caso conforme a las leyes previamente emanadas por el Congreso de la nación. Es una aplicación inversa a lo estipulado en el artículo 17 de la Constitución nacional que afirma que ninguna persona puede ser privada de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley.

Casuísticamente y en la experiencia subconstitucional argentina es posible señalar los casos de **subasta judicial** (ejemplo, transferencia de un derecho real de dominio), **declaración judicial de nulidad de determinado crédito** (ejemplo, instrumentados en un título circulatorio) o incluso de su **derecho de garantía** (ejemplo, hipoteca o prenda), o **reconocimiento de un perjuicio** (ejemplo, indemnización por daño causado o derecho al resarcimiento y reparación del daño en virtud del principio “*alterum non laedere*”).

La actividad judicial –insistimos, apoyada en ley previa- puede determinar la pérdida de la titularidad del derecho de propiedad privada a partir del dictado de sentencias condenatorias (básicamente de dar o hacer) o declaratorias (de reconocimiento de un crédito o derecho real). El derecho procesal recoge tales lineamientos constitucionales y conforme al criterio preferido por el legislador acuña esa subdisciplina jurídica⁷²³.

III) Regulación del ejercicio del derecho.

La regulación del derecho de propiedad privada tiene por objeto armonizar su ejercicio –ya en cabeza de un titular- en el marco de la convivencia en un Estado social de derecho constitucional.

⁷²² Badeni, Gregorio; Tratado de derecho constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires, Tomo I, Pág. 844.

⁷²³ Ampliar en: Alsina, Hugo; Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1963; Arazi, Ronald; Elementos de derecho procesal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988; Calamandrei, Piero; Instituciones de derecho procesal civil, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1943; Cappelletti, Mauro; El proceso civil en el derecho comparado, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1973; Cernelutti, Francisco; Instituciones del proceso civil, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1959; Couture, Eduardo; Fundamentos de derecho procesal civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951; Falcón, Enrique; Elementos de derecho procesal civil, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986; Morello, Augusto; Sosa, Gualberto y Berizonce, Roberto; Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación – Comentados y anotados, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982-1986; Palacio, Lino; Derecho procesal civil, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988; Podetti, Ramiro y Guerrero Leconte, Víctor; Tratado de las ejecuciones, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1968, entre otros.

Por lo tanto, **esa regulación –que implica una restricción- debe necesariamente ser justificada en la garantía del ejercicio de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos, en un marco de razonabilidad ponderada.**

La doctrina clásica distingue las limitaciones en interés privado (generalmente regida por el derecho privado), por un lado, y las limitaciones en interés público (generalmente regida por el derecho administrativo), por el otro.

Sin embargo consideramos más ajustado al modelo constitucional –en cuanto al imperio de los derechos fundamentales como justificación de la actividad limitativa- el reconocimiento y la clasificación en base a parámetros apoyados en fórmulas de abstención (o negativas) y fórmulas de promoción (o positivas).

Las **fórmulas negativas (o de abstención)** son los principios constitucionales que el Estado debe observar a los fines de limitar el derecho de propiedad: el principio de “reserva de ley” y el principio de “razonabilidad”.

Las **fórmulas positivas (o de promoción)** son los principios y derechos de jerarquía constitucional que deben ser articulados para posibilitar un ejercicio armónico de los derechos.

a. Fórmulas negativas (o de abstención).

El principio de reserva de ley en la limitación del derecho de propiedad.

El principio de reserva de ley (emparentado al principio legalidad) en la limitación o reglamentación de los derechos –y entre ellos el derecho de propiedad- posee jerarquía constitucional. El apoyo normativo en el texto argentino surge de dos preceptos:

El ya citado artículo 14 de la Constitución nacional establece que “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ...; de usar y disponer de su propiedad; ...*” (el subrayado es agregado)

La norma consagra el derecho de usar y disponer de la propiedad “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Es decir, la propia Constitución reconoce las eventuales limitaciones de las que es susceptible el derecho, siempre instrumentadas mediante norma jurídica emanada por el Congreso de la nación, también llamado principio de reserva de ley.

Este principio se encuentra recogido en otro artículo de la norma suprema argentina. El artículo 19 de la Constitución consigna que “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*” (el subrayado es agregado)

La segunda parte de citado artículo reafirma el principio de reserva de ley –y de legalidad– tanto en su dimensión negativa (no obligación de no hacer lo que la ley no prohíbe) como en su dimensión positiva (no obligación de hacer lo que no manda (u ordena) la ley).

Se debe destacar que, en materia de regulación de la propiedad privada, también es posible crear prohibiciones (de no hacer) o mandatos (de hacer) mediante otras normas jurídicas emanadas por el Estado, es decir normas jerárquicamente inferiores a la ley, pero que constitucionalmente se apoyen en la ley o se encuentran habilitadas por la propia norma fundamental, acordadas por privados (por ejemplo, un contrato) o incluso por organismos internacionales (en virtud de un Tratado internacional)⁷²⁴.

Concretamente, la complementariedad de este articulado y su relación con el principio de división de poderes (artículo 1 y la Segunda Parte, Título Primero de la Constitución nacional) perfeccionan el principio de reserva de ley en la reglamentación de los derechos, en este caso del derecho de propiedad privada. Este conjunto de normas constitucionales genéricas regulatorias crea entonces en favor del sujeto activo del derecho de propiedad una esfera de libertad jurídica en la cual se despliega el contenido específico del derecho (por ejemplo, usar y disponer) y en donde se permite “hacer todo” lo que no se encuentra prohibido o regulado mediante otras normas jurídicas.

Por último, y desde la organización del poder, cabe destacar que en situaciones excepcionales, la Constitución argentina permite la reglamentación del derecho vía decretos del Poder Ejecutivo nacional, sea mediante decretos delegados (artículo 76) o mediante decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3). Sin embargo, sobre estos últimos queda prohibida la regulación en materia penal, tributaria, electoral o de partidos políticos, no así lo relativo a derechos económicos, sociales y culturales que, consecuentemente, en principio estaría habilitada.

El principio de razonabilidad en la reglamentación del derecho de propiedad.

En el plano de las fórmulas negativas en la regulación del ejercicio del derecho y en paralelamente al principio formal de reserva de ley, transita un principio “de contenido” (o sustancial) limitador de la reglamentación del ejercicio de los derechos.

El texto constitucional argentino expresamente recoge el principio de razonabilidad en la reglamentación de los derechos, y en este caso del derecho de propiedad.

El artículo 28 de la Constitución nacional dispone que “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*” (el subrayado es agregado).

⁷²⁴ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-A, Pág. 802.

¿Cuál es el alcance de tal limitación en su esfera sustancial?

Néstor Sagüés denomina “dimensión prohibida” a la eventual desnaturalización del derecho, en este caso el de propiedad. En base al estudio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el autor concluye en que si bien reglamentar no implica estrictamente prohibir, la regulación razonable no tolera impedir el derecho, allanarlo totalmente o alterarlo. En este sentido propone un “*test*” de razonabilidad articulando tres niveles: i) la razonabilidad normativa (o prueba de coherencia de la reglamentación conforme a la Constitución); ii) la razonabilidad técnica (o adecuación de los medios y fines postulados); iii) la razonabilidad axiológica (prueba de aplicación del valor justicia o interdicción de la iniquidad)⁷²⁵.

Germán Bidart Campos, por su parte, sintetiza los principios de reserva de ley y de razonabilidad de la siguiente manera: “nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley “justa” (o razonable) no manda, ni privado de lo que la ley “justa” (o razonable) no prohíbe”⁷²⁶.

Dentro de estos parámetros de legalidad y razonabilidad, los poderes constituidos (el Congreso de la nación) encuentran su “zona de reserva” en la cual están habilitados para llevar a cabo la reglamentación del derecho que considere oportuna.

Ahora bien, ¿en base a qué factor/es genérico/s debe/n ajustarse la razonabilidad de la reglamentación del derecho?

Desde la literatura argentina se han ensayado multiplicidad de propuestas, en general provenientes del derecho administrativo⁷²⁷.

Nos enrolamos en la siguiente conceptualización: **el derecho de propiedad (como todo otro derecho constitucional) puede y debe ser limitado sustancialmente con fundamento exclusivo en otro/s derecho/s que forma/n parte del espectro de bienes jurídicos fundamentales.**

Consecuentemente podemos trazar la idea y afirmar que **el modelo de Estado constitucional argentino -cuyo sistema justifica la reglamentación constitucional de derechos- rechaza fórmulas limitativas basadas en argumentaciones genéricas tales como “orden público”, “bienestar general” o “bien común” o similares.**

De esta manera, este sistema jurídico obliga a fundamentar razonablemente las decisiones restrictivas que el legislador eventualmente imponga en base a otros derechos fundamentales, los que en el caso argentino concurren jerárquicamente en pie de igualdad.

⁷²⁵ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Págs. 699 y 700.

⁷²⁶ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-A, Pág. 803.

⁷²⁷ Ampliar en: Barra, Rodolfo; Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1980; Cassagne, Juan; La intervención administrativa, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994; Diez, Manuel; Derecho administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1969; Dromi, José; Manual de derecho administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987; Gordillo, Agustín; Tratado de derecho administrativo, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1975; Marienhoff, Miguel; Tratado de derecho administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991; entre otros.

Evidentemente la tensión generada entre derecho y decisión legislativa reglamentaria es importante, ya que el primero (derecho) le recorta facultades al segundo (reglamentación legislativa) en aras de garantizar el pluralismo, la tolerancia y los diferentes planes o decisiones individuales.

Frente a estas tensiones, el Poder Judicial se erige como último intérprete de la Constitución y de los conflictos que a partir de la colisión de sus derechos reglamentados se generan. Esta propuesta sustituye el modelo que postula el mero procedimiento legislativo -para la determinación del alcance del derecho de propiedad- por el paradigma que propone ese mecanismo legislativo, pero enriquecido con el *plus* que aporta la tutela del control judicial de constitucionalidad.

De esta forma y desde el neoconstitucionalismo argentino se ha expuesto que en lugar de ser la mayoría del parlamento quien acuerda “qué derechos tenemos” –o mejor dicho, con qué alcance se encuentran reconocidos-, es la mayoría del tribunal jurisdiccional (que titulariza el control de constitucionalidad) quien lo hace⁷²⁸.

b. Fórmulas positivas (o de promoción). Remisión.

Las fórmulas positivas, o de promoción, que sostienen el fundamento de la reglamentación de los derechos se encuentran integradas por el resto de los bienes jurídicos de jerarquía constitucional. Ello deben ser articulados –o ponderados- entre sí en aras de propiciar un ejercicio armónico de la totalidad del espectro de derechos constitucionales.

En el caso del derecho de propiedad, su ejercicio se encuentra limitado por la intervención positiva (o de promoción) del Estado tendiente a satisfacer aquellos derechos que en el presente trabajo de tesis hemos catalogados como “derechos preponderantemente de prestación”, sea en sus variantes “derecho del trabajo y afines”, o en “resto de los derechos sociales y culturales”.

Enumerativa y esquemáticamente, son:

- a) el derecho al ambiente, sea natural o cultural (artículo 41 de la Constitución nacional, sin perjuicio de su mención en las pautas fijadas por el artículo 75 incisos 17 y 19 y artículo 125)
- b) el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 42 de la Constitución nacional)
- c) el derecho de los trabajadores (individual y colectivamente) y el derecho de la familia (artículo 14 bis de la Constitución nacional)

En este temperamento, el legislador puede y debe –conforme el caso- limitar el ejercicio del derecho de propiedad para garantizar el pleno ejercicio de la totalidad de los derechos arriba

⁷²⁸ Gil Domínguez, Andrés; Escritos sobre neoconstitucionalismo, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, Pág. 73.

expuestos. El contenido y alcance de estos últimos será estudiado en la sección pertinente del presente trabajo de tesis, por lo que allí nos remitimos.

IV) Poder de tributación. La interdicción de la confiscación.

Una última posibilidad de limitación del derecho no se encuentra referida a la titularidad o al ejercicio la propiedad privada, sino que se apoya en el principio de **solidaridad** o **justicia contributiva**.

Ella se plasma en la función recaudadora fiscal cuya manifestación puede darse, en ocasiones, a partir del gravamen impositivo de patrimonios generales y/o bienes de los particulares.

El Estado posee la capacidad de financiar su funcionamiento mediante múltiples operaciones económicas. Las fuentes de financiamiento público pueden consistir, sin ser taxativos, en: venta de activos públicos (por ejemplo, tierras fiscales), participación en actividades económicas de producción (entre ellas, empresas públicas de producción de bienes y/o servicios), administración de actividades de ocio y recreación (en su especie, juegos de azar o actividades turísticas), entre otras.

En esto resulta oportuno recordar lo que sostuvimos al momento de analizar los elementos que integran la Constitución socioeconómica. Uno de ellos -el subsistema recaudatorio y financiero de generación de recursos- tiene por finalidad directa o indirecta costear la garantía de eficacia de la totalidad de los derechos fundamentales. Al desarrollo argumentativo que elaboramos sobre tal afirmación nos remitimos.

La actividad tributaria es por excelencia el mecanismo recaudatorio por el cual el Estado financia su estructura, funcionamiento y actividad en la búsqueda de sus objetivos. Y en este sentido, muchos de esos impuestos gravan los bienes jurídicos que forman parte de los patrimonios de las personas.

Como ha sido señalado anteriormente, la Constitución argentina establece pautas para la fijación de tributos que afectan el patrimonio de los particulares y por lo tanto, indirectamente el derecho de propiedad. Genérica y formalmente, la imposición tributaria mediante ley –principio proveniente del latín “*nullum tributum sine lege*” y complementariamente, del anglosajón “*no taxation without representation*”- queda consagrada en virtud de lo dispuesto en los artículos 4 y 17 de la norma fundamental. Asimismo, estos principios se perfeccionan a partir de la expresa prohibición de la fijación de tributos por parte del Poder Ejecutivo nacional mediante decretos de necesidad y urgencia a partir de la reforma de la Constitución nacional de 1994 en su artículo

99 inciso 3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló esta garantía constitucional mediante su jurisprudencia⁷²⁹.

Excede el objeto del presente trabajo de tesis profundizar sobre éste y otros aspectos tributarios constitucionales (entre otros, el principio de no irretroactividad en la imposición del tributo) que también repercuten en el derecho de propiedad. Sin embargo, resulta atinado indagar sobre el límite sustancial que posee la potestad tributaria estatal que grava el derecho de propiedad (es decir, en circunstancias en las que el gravamen recae sobre determinado bien jurídico patrimonial) a la luz de la **expresa prohibición constitucional argentina sobre el principio de no confiscatoriedad**, o límite sustancial a la alícuota o índice imponible.

Germán Bidart Campos define la confiscatoriedad tributaria como la pérdida de razonabilidad del patrimonio que es tomado por el impuesto gravado sobre el derecho de propiedad de un sujeto⁷³⁰.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado un criterio pretoriano a los efectos de resolver la incógnita sobre a partir de qué umbral imponible se estaría frente a una eventual confiscatoriedad. Si bien ha fijado pautas genéricas sobre el monto máximo de la base imponible, la cual no debe superar so pena de inconstitucionalidad, referidas al 33% de “*su base imponible*”⁷³¹, en ocasiones ha afirmado que el análisis debe corresponderse a cada caso particular, en función de los hechos y la persona que lo alega⁷³².

Juan González Calderón enseña que la prohibición constitucional de confiscación se refiere a medidas de carácter general y penales por la que se desapodera a un ciudadano de sus bienes, pero de ninguna manera a lo que en forma de contribuciones el Congreso puede imponer para fines públicos salvo en los casos en que los impuestos fuesen a todas luces arbitrarios o inspirados en un espíritu manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases, “o cuando su monto alcanzase una parte sustancial de la propiedad o a la renta de varios años del capital gravado, pues en tales casos no serían impuestos sino despojo”⁷³³.

Por lo expuesto y frente a la ausencia de mayores precisiones acercadas por las construcciones jurisprudenciales, es posible arribar a la siguiente conclusión: la confiscatoriedad de la propiedad privada en razón de la imposición de un tributo se evidencia, **si ella implica la**

⁷²⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Video Club Dreams c./ Instituto Nacional de Cinematografía” (Fallos 318:1154), de 6 de junio de 1995.

⁷³⁰ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 417.

⁷³¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Montarcé, Marcelo c./ Dirección Nacional de Aduanas” (Fallos 289:443) de 17 de septiembre de 1974.

⁷³² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Navarro Viola de Herrera Vegas, Marta c./ Nación argentina (Dirección General Impositiva) s./ repetición” (Fallos 312:2467) de 19 de diciembre de 1989.

⁷³³ González Calderón, Juan; Curso de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988 [1923], Pág. 252.

transferencia de una parte sustancial del derecho de propiedad desde los particulares a las arcas del Estado.

El análisis de lo “sustancial” deberá darse en función de los hechos y la persona que lo alega, tal cual lo ha afirmado la jurisprudencia citada.

e) La función social de la propiedad.

Fiel a su tradición liberal, en el ordenamiento constitucional argentino histórico del año 1853, **la función social de la propiedad no se encontraba reconocida de manera expresa.**

La reforma de la Constitución nacional del año 1949 (que sólo perduró hasta el año 1955, en donde se reestableció el texto histórico del año 1853) consignaba en su artículo 38 que “*La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común...*”.

En el año 1957 se fijó una pauta puntual sobre la función social del bien de familia (defensa del bien de familia). Finalmente, la reforma de la ley fundamental del año 1994 incorporó en su artículo 75 inciso 19 que corresponde al Congreso de la nación “*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.*”

Esta noción de “justicia social” remite a valores propios del constitucionalismo social, entre los que se encuentran el concepto positivo de libertad y sustancial de la igualdad, la participación política -democracia participativa-, la dignificación ética y política del trabajo y de los trabajadores, la dignidad de vida, la solidaridad, la intervención del Estado en la economía y, finalmente, **la función social de la propiedad.**

Carlos Fayt supone que las formas de propiedad no se reducen a la estática ordenación del hombre con las cosas, sino que se manifiestan como relaciones de los hombres entre sí, imponiendo el dominio económico de unos sobre otros, determinando la situación social diferenciada entre los que tienen los medios de producción y los que no tienen otra cosa que su fuerza de trabajo. Agrega también que “el poder político es quien reconoce y sanciona, cristaliza y mantiene las formas de propiedad que constituyen la base y esencia de las relaciones económicas, desempeñando una función de ordenación que es la clave de las conexiones estrechas que vinculan a la política con la economía”⁷³⁴.

⁷³⁴ Fayt, Carlos; Teoría de la política en el Siglo XXI. La política, el poder y el Estado. La democratización de la democracia, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, Pág. 94

Humberto Podetti reconoce el contenido polisémico del término “social” aunque lo caracteriza como positivo, al comprenderlo en cada momento concreto y como totalidad compleja; general, porque su validez se extiende a todo lo que tiene importancia dentro de lo social; y abstracto, porque contiene ante todo una determinación objetiva y su sujeto⁷³⁵.

Desde sus conclusiones el plano jurídico-sociológico y con un punto de vista crítico Tomás Hutchinson estima que en Argentina la emergencia ha representado la preeminencia de la economía por sobre el derecho instrumentada en una profusa legislación de emergencia económica y social en aras del difuso concepto “interés general”⁷³⁶.

Se observa así un silencio en materia de función social –genérica y característica- de la propiedad privada en el caso del texto escrito de Constitución argentina.

El bien de familia y la función social de la propiedad. Remisión.

Más arriba se hemos expuesto que la reforma de la Constitución argentina del año 1957 incorporó una **expresa tutela a uno de los objetos materiales susceptibles de conformar el derecho de propiedad privada: el bien de familia.**

Literalmente, el artículo 14 bis de la Constitución establece que la ley debe establecer “...*la defensa del bien de familia...*”, **asignándole a tal bien jurídico (el bien de familiar) una protección especial en razón de su función social.** Este precepto será analizado al abordar posteriormente la temática sobre los derechos sociales en la norma suprema argentina y allí nos remitimos.

Aquí sólo diremos que la legislación infraconstitucional puede y debe fijar pautas de intangibilidad de ciertos bienes (inmuebles o muebles) indispensables por su función social y relación al núcleo familiar de la persona tutelada por el derecho. A modo de ejemplo es posible señalar la inembargabilidad de determinados bienes personales de una persona y de su familia.

Sin embargo y **a la luz de la lectura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde año 1920, la construcción de la “función social” de la propiedad privada se ha desplegado en íntima relación con la doctrina de la emergencia económica.** Su desarrollo posterior giró también alrededor de aquel punto de apoyo⁷³⁷.

Seguidamente se exponen algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales más significativos.

⁷³⁵ Podetti, Humberto; Política social, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, Pág. 38

⁷³⁶ Hutchinson, Tomás; “Emergencia, Constitución y después”; en Miljiker, María (coordinadora); El derecho administrativo de la emergencia I, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2002, Págs. 181 y 187

⁷³⁷ Sobre emergencia y constitución, ver, por ejemplo: Negretto, Gabriel; El problema de la emergencia económica en el sistema constitucional, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1993;

El argumento de la emergencia económica como justificante de la función social de la propiedad. Su construcción jurisprudencial.

En el año 1922, el tribunal supremo de justicia argentino resolvió que, ni el derecho de usar y disponer de la propiedad -ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución- reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado, expuso el órgano, sería una “concepción antisocial”. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social.

Al entender sobre la cuestión de constitucionalidad de una norma que reglamentaba el precio (reajuste) de las locaciones urbanas en una relación locataria por simple convenio verbal y sin término, el órgano judicial afirmó que la Constitución “*ha consignado limitaciones especiales respecto de algunos derechos; pero no siendo posible prever ni establecer en ella todas las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al poder legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo al mismo tiempo un límite a esa facultad reguladora (arts. 14 y 28). Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectiva; y hay asimismo otras limitaciones, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen, porque podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo profesados por la Constitución. A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y de tarifas, inspiradas en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico. El derecho de usar y de disponer de la propiedad implica el de transmitirla o ceder su uso, el de celebrar todos los actos jurídicos con ella relacionados y el de convenir libremente las estipulaciones y cláusulas concernientes a tales actos. En principio, la determinación del precio es una facultad privativa del propietario, un atributo del derecho de usar y disponer de sus bienes y un aspecto de su libertad civil. El Estado no tiene por lo tanto, el poder general de fijar o limitar el precio de las cosas del dominio particular. Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios. Cuando mayor sea el interés del público por aquello que constituye el objeto del monopolio, más fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo*

llegar el caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o de una región se encuentren a merced de la avaricia o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad.”

Con mayor contundencia, la Corte refiere a la intervención del Estado en las actividades económicas privadas y especialmente a la regulación de uno de los contenidos del derecho de propiedad: el uso y disposición, por cuanto “Llegándose a este punto extremo, la protección de los intereses económicos constituye para el Estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional. Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del Estado para ejercer eficaz contralor sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados”⁷³⁸.

Apenas meses más tarde y sobre la impugnación de la misma ley, la Corte Suprema la Corte modificó el criterio anterior, ya que en el nuevo caso sí existía contrato de locación anterior a la promulgación de la ley y de término obligatorio⁷³⁹. Es decir, la garantía de irretroactividad de la ley primó sobre la emergencia habitacional (y su índole social).

En el año 1925, sobre la misma materia que lo anterior y con motivo de la prórroga de la suspensión de ajustes al precio de las locaciones urbanas –con motivo del señalado argumento de emergencia habitacional- el cuerpo judicial afirmó que “este régimen de emergencia que afecta fundamentalmente el derecho de usar y disponer de la propiedad, ha sido tolerado por las decisiones judiciales solamente en consideración al momento de extrema opresión económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a la falta de oferta de habitaciones, y sobre todo como una medida transitoria y de corta duración...Pero ese régimen anormal no puede encontrar suficiente justificativo cuando se le convierte de hecho en una norma habitual de las relaciones entre los locadores y los locatarios, como es la que han creado las reiteradas prórrogas acordadas a los inquilinos, y mucho menos cuando está destinado a actuar en un ambiente muy distinto por cierto de aquél que dio lugar a la sanción originaria de dichas leyes y que esta Corte describía en el fallo recordado de 28 de abril de 1922. Es, en efecto, de todos conocido el progresivo aumento en la oferta de locales destinados a la habitación y comercio producido en los dos últimos años, como puede observarse en los avisos de los diarios relativos a casas y piezas desocupadas, cuyo número induce a pensar que no subsisten las circunstancias de excepción que llevaron al Tribunal a dictar la sentencia referida. Esto puede igualmente

⁷³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ercolano, Agustín c./ Lantieri de Renshaw, Julieta” (Fallos 136:161) de 28 de abril de 1922. El subrayado es agregado.

⁷³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Horta, José c./ Harguindeguy, Ernesto” (Fallos 136:170) de 21 de agosto de 1922.

*inferirse del aumento de impuestos con que los poderes públicos gravaron últimamente las propiedades urbanas, lo que no se armonizaría con aquella situación de emergencia*⁷⁴⁰. De esta manera, la superación de la crisis social habitacional fue el desencadenante a la impugnación de la norma restrictiva de la disposición del bien inmueble por parte de su propietario.

En el año 1934 y en relación al análisis de constitucionalidad de una ley que establecía una moratoria para el pago del capital y los intereses en obligaciones garantizadas con derecho real de hipoteca, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la limitación a la tasa de interés aplicable resultaba justa y razonable como reglamentación o regulación de los derechos contractuales, **pues la gravedad y extensión de la crisis económica justificaban su creación**, ya que todas sus disposiciones pretendían la salvaguarda del interés público comprometido por esa gravísima situación⁷⁴¹.

Más adelante y nuevamente sobre la suspensión de los desalojos y en razón con la emergencia y la función social de la propiedad (inmuebles destinados a viviendas), la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó en el año 1959 que *“en tanto que las medidas adoptadas sean razonables y justas en relación a las circunstancias que las han hecho (a las leyes) necesarias, puede, salvando su sustancia, restringirse y regularse legalmente los derechos del propietario, en lo que sea indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general”*^{742 743}.

De esta manera la justicia reafirmaba lo que en el año 1944 -en relación a la fijación de precios máximos para la enajenación de productos y mercaderías de primera necesidad (en el caso, cemento portland durante la Segunda Guerra Mundial)- había dicho, por cuanto *“la limitación legal y temporaria de los precios, destinada a hacer frente a la crisis producida por la guerra, es en principio, constitucionalmente válida”*⁷⁴⁴.

En el año 1960, la interpretación judicial sobre la función social de la propiedad tuvo uno de sus debates más importantes al contrastar el derecho de propiedad –y la libertad de empresa– con el derecho al trabajo. La crisis de empleo de aquella época en determinado sector económico-social (gremio de actores) determinó al Estado a obligar a los cines a incorporar “números vivos” entre los programas cinematográficos. Frente al cuestionamiento interpuesto

⁷⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mango, Leonardo c./ Traba, Ernesto” (Fallos 144:220) de 28 de agosto de 1925. El subrayado es agregado.

⁷⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Avico, Oscar c./ De la Pesa, Saúl” (Fallos 172:21) de 7 de diciembre de 1934.

⁷⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Nadur, Amar c./ Borrelli, Francisco” (Fallos 243:449) de 15 de mayo de 1959.

⁷⁴³ En similar sentido, en la misma fecha e incluso mediando petición de demolición y reedificación por parte del propietario, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ruso, Angel y otra c./ C. de Delle Donne, Francisco” (Fallos 243:467) de 15 de mayo de 1959.

⁷⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Martini Vicente e hijos (S.R. Ltda.) s./ infracción ley 12.591” (Fallos 200:250) de 27 de diciembre de 1944.

por las salas de cine, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que *“ha de considerarse legítimamente incluida la facultad de sancionar disposiciones legales encaminadas a prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala”*⁷⁴⁵.

Treinta años más tarde, en 1990, el Poder Ejecutivo nacional determinó la restricción en la devolución de las sumas de dinero depositadas por particulares en entidades bancarias a plazo fijo, abonándose el excedente de cierto monto en bonos públicos. Ello además mediante el dictado de un decreto de necesidad (en aquella época equiparable a ley, según sostenía parte de la doctrina)⁷⁴⁶, afectando el principio de reserva de ley. Frente a las argumentaciones de afectación del derecho de propiedad privada (dinero) tanto formal como sustancial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *“puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el dec. 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque —y esto es de público y notorio— ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados”* y *“Que tal actitud del Poder Legislativo configura una muestra de su decisión de confiar a un organismo dependiente del Poder Ejecutivo el establecimiento de políticas en una materia de alta complejidad técnica y que requiere, según lo muestra la experiencia nacional y extranjera, de decisiones rápidas, cambiantes y variadas, ajustadas a circunstancias originadas en la realidad económica, dentro y fuera de las fronteras del país, y muchas veces ajenas a los designios de los gobiernos, que no pueden someterlas en modo alguno a su completa voluntad”*⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Callao (Cine) s./ recurso jerárquico” (Fallos 247:121) de 22 de junio de 1960.

⁷⁴⁶ En esto cabe destacar que en aquella fecha los decretos de necesidad no contenían los extremos requeridos y las prohibiciones que la reforma de la Constitución nacional introdujo en el año 1994 en su artículo 99, inciso 3.

⁷⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Peralta, Luis y otro c./ Estado nacional” (Fallos 313:1513) de 27 de diciembre de 1990. El subrayado es agregado.

Crisis económica, emergencia y propiedad privada. Los depósitos bancarios, la “pesificación” y “el corralito financiero” instaurados en el año 2001.

En el año 2001, el Poder Ejecutivo nacional y posteriormente el Congreso de la nación aprobaron una serie de normas jurídicas infraconstitucionales por las que se establecieron **restricciones** al retiro del dinero depositado por particulares (y aún por entidades públicas) en cuentas abiertas en entidades bancarias argentinas.

Por otro lado, esa serie de normas también articularon una serie de medidas tales como: a) **modificación del valor de la moneda nacional** en relación con la divisa norteamericana – anteriormente, atada legalmente la primera a la segunda- (evento denominando comúnmente “pesificación”), b) **transformación compulsiva de depósitos monetarios (y otras obligaciones dinerarias) realizados en moneda extranjera** en divisa nacional (fijando nominalmente un tipo de cambio menor a la cotización libre en el mercado de cambios), y; c) **reprogramación hacia futuro de la devolución de aquellos depósitos**, mediante la entrega de bonos públicos de vencimiento diferido en el tiempo⁷⁴⁸.

Desde un análisis teórico resulta evidente que tales medidas afectaban la garantía de la propiedad privada explicada anteriormente.

Cabe reconocer que el Estado acuñó una serie de “excepciones” a estas disposiciones en los casos que su aplicación afecte a determinadas situaciones (personas físicas con enfermedades terminales y/o mayores de edad, indemnizaciones laborales, entre otras pocas).

En todos los casos el argumento esgrimido por el poder público ha sido la emergencia económica y la escasez de dinero en el sistema financiero debido al giro al exterior de las remesas dinerarias por parte de las entidades bancarias depositarias.

Así, esta restricción al derecho de propiedad privada –denominada comúnmente “corralito financiero”- se plasmó en tres aspectos:

- la imposibilidad de disponer completamente del objeto (dinero) depositado en entidades bancarias (restricción al uso de la propiedad);
- la modificación compulsiva de los términos de los contratos patrimoniales, en referencia a las obligaciones asumidas originariamente en moneda extranjera (afectación a la intangibilidad de la propiedad o confiscación);

⁷⁴⁸ Para una síntesis de la normativa infraconstitucional referidas a los sucesos descriptos: Gil Domínguez, Andrés; Constitución, emergencia y amparo, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, Pág. 32 y ss.; Colautti, Carlos; “La Corte Suprema como poder del Estado”, en Revista Jurídica La Ley, edición de 4 de febrero de 2002; Gelli, María Angélica; “El caso ‘Smith’ (o la razonabilidad cuestionada)”, en Revista Jurídica La Ley, edición de 20 de febrero de 2002; Morello, Augusto; “El corralito procesal y su inconstitucionalidad”, en Revista Jurídica El Derecho, edición de 20 de febrero de 2002, Hernández, Antonio; “Emergencia y afectación del orden constitucional y de los derechos”, en Belsunce García, Horario (coordinador); Estudios de derecho constitucional tributario, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, Pág. 363; Blanco, Luis; El “corralito” financiero, los depósitos bancarios y el derecho de propiedad, Editorial Librería Cívica, Santa Fe, 2002, entre otros;

- la reprogramación de las fechas de vencimientos de la devolución de los depósitos bancarios, mediante su sustitución compulsiva por bonos públicos (restricción al uso de la propiedad y afectación a su intangibilidad o confiscación).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre estos acontecimientos ha sido oscilante, en relación al análisis de la constitucionalidad de esas restricciones.

Primeramente, la jurisprudencia estuvo en favor de la declaración de la inconstitucionalidad de las normas restrictivas de la propiedad privada (“corralito financiero”) afirmando que *“si bien es cierto que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares. La limitación fijada por las sucesivas normas ya aludidas, muestra un ejercicio carente de razonabilidad de la facultad normativa tendiente a conjurar el trance. Ello es así pues tal restricción implica una violación a los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional en tanto desconoce el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio”*⁷⁴⁹.

Posteriormente, el máximo tribunal de justicia matizó este temperamento afirmando que *“la ‘pesificación’ se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor. Fue, por lo demás, una medida razonable frente a la situación de fuerza mayor trasuntada en la emergencia. Por el contrario, pretender la devolución inmediata en dólares o en su equivalente en moneda argentina en el mercado libre de cambios implica un desmesurado beneficio para el acreedor, que no puede determinarse en su medida aritmética como consecuencia de la ausencia de producción de prueba en este proceso pero que en algunos momentos alcanzó alrededor del doble del poder adquisitivo originario”*⁷⁵⁰.

Finalmente –y ya superada en parte la situación de crisis económica argentina-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación avaló jurídicamente la “pesificación” antes descripta. En virtud del argumento de la recuperación del sistema financiero y productivo argentino y justificado en el relativo mantenimiento del poder adquisitivo y la consecuente no afectación de la propiedad privada (dinero), afirmó que *“teniendo en cuenta las condiciones bajo las cuales*

⁷⁴⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo” (Fallos: 325: 28) de 1 de febrero de 2002. También sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Banco de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos 324:4520) de 28 de diciembre de 2001; “Provincia de San Luis c./Estado Nacional” (Fallos: 326:417) de 5 de marzo de 2003; entre otros.

⁷⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros s./amparo” (Fallos:327:4495) de 26 de octubre de 2004; Ver también sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c./ P.E.N. - ley 25.561, dtos. 1570/01 y 214/02 s./ amparo” (Fallos: 327:2905) de 13 de julio de 2004; Campbell, María Enriqueta Vda. de Tufiño y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro” (Fallos: 327:3655) de 14 de septiembre de 2004; entre otros.

fue dispuesta la conversión a pesos de los depósitos en dólares, la notoria recuperación y el fortalecimiento del sistema financiero respecto de su situación —cercana al colapso— existente en la época en que se dictaron las medidas en examen, y la evolución de las variables económicas, resulta adecuado fijar una tasa de interés del 4% anual, no capitalizable. La tasa de interés fijada por la autoridad regulatoria y ampliada judicialmente mediante esta decisión, contempla la totalidad de los intereses devengados con finalidad compensatoria, aun aquellos de fuente convencional, y por lo tanto debe ser íntegramente soportada por el banco deudor.

19) *Que, en síntesis, de lo expresado en los considerandos anteriores resulta que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito —incluyendo los intereses pactados con la limitación temporal señalada— convertido a pesos, a la ya indicada relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual.*

20) *Que con esta comprensión, y en virtud del resultado que se obtiene según lo expuesto en el considerando que antecede, cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora.*

21) *Que en el presente caso cabe examinar la compatibilidad de la protección del patrimonio del ahorrista, afirmada en considerandos anteriores, con la regulación general del régimen monetario y la fijación del valor de la moneda. Sobre este aspecto ha habido precedentes constantes acerca de su constitucionalidad fundados en el principio de la “soberanía monetaria” (Fallos: 52:413, 431 y 149:187, 195). El Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (arts. 75, inc. 11, y 76 de la Constitución Nacional). Siguiendo esta centenaria jurisprudencia, el bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación es constitucional, coincidiendo, en este aspecto, con lo ya resuelto por esta Corte (confr. causa “Bustos”, Fallos: 327:4495) sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia”⁷⁵¹.*

Así, el caso expuesto evidenciado en Argentina a partir del año 2001 resulta una de las tantas experiencias por las cuales desde la doctrina jurídica constitucional suele identificarse —y a veces confundirse— la aplicación de la doctrina de la “emergencia económica” con la restricción de la propiedad privada en relación a su función social.

⁷⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional (Fallos: 329:5913) de 27 de diciembre de 2006. El subrayado es agregado.

La función social de la propiedad. El aporte del diálogo con la dimensión internacional de los derechos humanos.

En párrafos anteriores hemos dicho la función social de la propiedad, innominada en el texto constitucional argentino, ha sido pretorianamente acuñada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y modulada con mayores o menores amplitudes como consecuencia directa (y no preventiva) de situaciones de crisis económicas-sociales de toda índole.

Sin embargo, y ajeno a la noción de “emergencia económica”, es preciso destacar que en su ámbito de competencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado algunos criterios orientadores en relación a la función social de la propiedad.

Cabe recordar que en virtud de la “constitucionalización” del Pacto de San José de Costa Rica en el año 1994 (artículo 75 inciso 22 de la norma suprema argentina), los precedentes de ese tribunal supranacional revisten la máxima jerarquía normativa en el sistema argentino.

En este sentido, el órgano jurisdiccional internacional ha dicho que “60. *El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.*”

Paralelamente también ha afirmado que “63. *La Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción. En este sentido, el Tribunal considera que en el marco de una privación al derecho a la propiedad privada, en específico en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención.*”

Por último, la Corte Interamericana ha expresado asimismo que “73. *Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la Convención comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. Para tal efecto, los Estados deberán emplear todos los medios a su alcance para*

afectar en menor medida otros derechos, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención” ⁷⁵².

De lo expuesto se observa que, en el marco de la dimensión internacional del derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recepciona la función social de la propiedad, tanto como elemento central para la convivencia humana como así también para garantizar el resto de los derechos fundamentales reconocidos los instrumentos internacionales.

Es entonces tarea de los poderes constituidos por la Constitución argentina incorporar y aplicar dicho temperamento en la dimensión interna del derecho y en su máxima jerarquía, en virtud de la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, en el caso argentino, en “las condiciones de su vigencia”, tal como afirma el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional.

⁷⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, Sentencia de 6 de mayo de 2008. El subrayado es agregado.

2) Libertad de emprendimiento económico privado en la Constitución socioeconómica argentina.

El bloque de derechos económicos de producción (comercio, industria y profesión).

La Constitución argentina reconoce un grupo de derechos económicos que giran alrededor de la esfera de la libertad económica, en relación a la producción y el intercambio de bienes y/o servicios. A este conjunto **proponemos denominarlo bloque de derechos económicos de producción.**

Es de recordar que, a su vez, estos bienes (materiales o inmateriales) susceptibles de producción y/o intercambio integran el objeto del derecho de propiedad privada anteriormente analizado. Es decir, este conjunto de derechos económicos **presuponen la existencia del derecho de propiedad** y lo vinculan en todo momento, **aunque no son equivalentes.**

Su diferencia radica en que los derechos que forman parte del **grupo económico de producción** poseen –en su contenido– la obtención de beneficio o lucro, y no mero uso o consumo individual, como sí lo es el caso del derecho de propiedad.

¿Cómo se encuentra conformado el conjunto agrupado en el bloque de derechos económicos de producción que integran la Constitución socioeconómica argentina?

En primer lugar, el artículo 14 de la Constitución argentina reconoce el derecho de ejercer industria lícita y de comerciar. En el marco de la ubicación de los derechos preponderantemente de abstención, la norma –de manera literal– dispone, en su parte pertinente que “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; ...de...comerciar; ...*”.

Por su parte, el artículo 20 del mismo texto reconoce los derechos de ejercer “*industria, comercio y profesión*”.

De esta manera, **la construcción que propusimos del bloque de derechos económicos de producción que integran la Constitución socioeconómica argentina se encuentra integrado con:**

- **El derecho constitucional de comerciar;**
- **El derecho constitucional de ejercer industria;**
- **El derecho constitucional de trabajar y/o ejercer una profesión.**

Además, de forma derivada y conexamente este bloque se incardina con otros derechos de contenido económico preponderantemente de abstención (por ejemplo, el derecho de locomoción, de navegación, de asociación, entre otros).

El derecho de contratar: ¿autonomía o variante del derecho de comerciar?

Dentro de los derechos conexos al bloque de derechos económicos de producción se destaca el derecho de contratar. Este bien jurídico protegido ¿reviste autonomía suficiente o constituye una variante del derecho constitucional de comerciar?

Desde la doctrina argentina algunos autores caracterizan el derecho (o la libertad) de contratación, como un derecho implícito que surge del artículo 33 de la Constitución nacional⁷⁵³. Otros lo identifican a partir de antecedentes jurisprudenciales⁷⁵⁴, pero lo incluyen dentro del derecho al comercio⁷⁵⁵. En diferentes variantes, alguna literatura lo identifica también con el derecho de comerciar, no sin advertir modos directos e indirectos para la restricción del mismo⁷⁵⁶.

Finalmente, y en una tercera posición, alguna literatura prefiere referir genéricamente a la libertad económica, la cual al guardar una estrecha relación con la libertad de propiedad, abarcaría toda actividad humana destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos. Para este grupo de autores, las libertades de contratar, de comercio e industria, de ejercer profesiones liberales y toda actividad susceptible de producir bienes quedarían englobadas en el concepto de libertad económica, siempre que persiga una finalidad de tal índole⁷⁵⁷.

En nuestra opinión **sostenemos que el derecho de contratación –en su dimensión económica- se encuentra ubicado dentro del derecho de comerciar**. Esto debido a que todo acto de intercambio o agregado de valor en bienes o servicios es un acto de comercio e implica alguna forma de contratación, sea de forma implícita o expresa. En su dimensión económica, el derecho de contratación es un subtipo de libertad de comerciar.

Sin embargo debe tenerse presente que el derecho de contratar **–que incluye además el derecho a no contratar, o bien la interdicción de la contratación compulsiva-** requiere considerar ciertas particularidades a partir de la estructuración del modelo de Estado constitucional y social de derecho.

En este orden de ideas, **la Constitución socioeconómica protege de manera privilegiada ciertas posiciones jurídicas que se encuentran en cabeza de colectivos sociales**

⁷⁵³ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 184.

⁷⁵⁴ Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ercolano, Agustín c./ Lantieri de Renshaw, Julieta”, anteriormente citado.

⁷⁵⁵ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 522; Quiroga Lavié, Humberto; Lecciones de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 221, entre otros.

⁷⁵⁶ Ekmekdjian, Miguel; Tratado de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, Tomo I, Pág. 502.

⁷⁵⁷ Badeni, Gregorio; Tratado de derecho constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires, Tomo I, Pág. 861.

considerados débiles en las relaciones contractuales –particularmente las que integran trabajadores y usuarios y consumidores- y que obligan a revisar los lineamientos clásicos mercantiles de paridad e igualdad absoluta de las partes.

Las asimetrías de información y poder económico, las formas modernas de contratación mediante cláusulas leoninas y abuso del derecho son defectos de los mercados que el derecho constitucional debe especialmente atender.

a) Desarrollo histórico.

La Constitución histórica argentina de 1853 estableció los preceptos enunciados en sus artículos 14 y 20, los cuales se mantienen incólumes hasta la actualidad, no obstante los agregados añadidos en 1994 que más adelante serán analizados.

Sin embargo, durante la breve vigencia de la Constitución nacional del año 1949 (hasta 1955), las directrices sobre las actividades productivas se estructuraron alrededor de dos artículos.

El artículo 39 de aquella norma establecía que *“El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino”*.

La norma imponía una clara orientación nacional a las actividades productivas, haciendo énfasis en el bienestar social.

Por su parte, el artículo 40 de la Constitución de 1949 establecía que *“La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.*

Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de

particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido”.

La cláusula de 1949 redundaba en la idea de bienestar y agrega la posibilidad de intervención del Estado en las actividades económicas, incluso concibiendo la estructuración de actividades monopólicas.

Por otro lado, consignaba expresamente que las actividades de importación y exportación debían estar “a cargo del Estado”. En el resto de las actividades aplicaba el concepto de subsidiariedad.

Finalmente, la norma establecía el dominio originario y la imposibilidad de enajenación o concesión de los recursos naturales y los servicios públicos.

Reestablecida la Constitución histórica de 1853-1860 hacia 1955, la reforma del año 1957 incorporó el artículo 14 bis inclusivo de los derechos sociales de los trabajadores –individual y colectivamente protegidos- y de la seguridad social. Ellos, conjuntamente con los preceptos introducidos en 1994 en los artículos 41 a 43, complementan el bloque de derechos económicos de producción, como más adelante será desarrollado.

b) Naturaleza jurídica del bloque de derechos económicos de producción: Derechos constitucionales-fundamentales. Jurisprudencia.

Recapitulando lo expuesto hasta el momento, el bloque de derechos económicos de producción que integra la Constitución socioeconómica argentina lo componen: a) Derecho de comerciar; b) Derecho de ejercer industria, y c) Derecho de trabajar por cuenta propia o de forma autónoma y ejercer una profesión.

Como también afirmamos, la totalidad de estos enunciados datan de la Constitución histórica argentina de 1853-1860 y por lo tanto poseen un marcado tinte liberal en su redacción, trasladada a sus interpretaciones jurisprudenciales de los Siglos XIX y XX.

¿Es posible englobar la sumatoria de estos derechos enunciados dentro de un sólo concepto jurídico y construir así una terminología apropiada y adecuada al esquema constitucional argentino actual?

Veamos algunas posturas doctrinales y jurisprudenciales esbozadas por la doctrina argentina.

Miguel Ekmekdjian estima que el individuo tiene derecho a elegir la actividad que será su medio de vida, cualquiera sea la naturaleza de aquella (industrial, comercial, profesional, laboral en el sentido estricto), sin interferencias de terceros⁷⁵⁸. Evidentemente, para el autor, el derecho refiere a la abstención del Estado y los particulares en el ejercicio de las actividades económicas.

Humberto Quiroga Lavié prefiere encuadrarlos derecho de la caracterización “derechos de contenido económico” y resalta la libertad de comercio y el derecho a ejercer industria lícita – junto al derecho de propiedad- vinculados con el derecho a no ser obstaculizada la libre circulación de mercaderías en el interior de la República (artículo 10 de la Constitución nacional), el derecho a la libertad aduanera interior, el derecho a la libre circulación territorial de mercaderías, el derecho a la libertad de tránsito (artículo 11 de la norma suprema) y el derecho a la libertad de navegación⁷⁵⁹.

Alberto Dalla Vía utiliza el término comercio en sentido amplio –cláusula comercial del artículo 75, inciso 13 de la Constitución nacional-, por lo que incluye el de libre contratación y “todo lo relacionado con las actividades económicas, industria, fomento, patentes, marcas, navegación, moneda y mercaderías”⁷⁶⁰.

La jurisprudencia cumplió un papel fundamental para determinar la naturaleza jurídica del derecho o bloque de derechos económicos de producción, de la misma forma que sucedió con el derecho de propiedad privada. Empero desde sus primeros pronunciamientos los ha modelado a partir de sus restricciones.

En el año 1866 la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que la Constitución, “*si bien en su artículo 14 declara el principio de la libertad de toda industria lícita, esto no importa la inhibición de reglamentar su ejercicio, y aún limitarlo por causas de utilidad general, pues no siendo la Constitución otra cosa que el Código fundamental, que declara los derechos y obligaciones políticas, tiene que ser complementado por leyes y disposiciones orgánicas, que reglamenten y aseguren esos mismos derechos y obligaciones*”⁷⁶¹.

Pocos años después, en 1869, entendió que “*Es un hecho y también un principio de derecho constitucional que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos, y que, por consiguiente, pueden lícitamente*

⁷⁵⁸ Ekmekdjian, Miguel; Tratado de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, Tomo I, Pág. 493.

⁷⁵⁹ Quiroga Lavié, Humberto; Lecciones de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, Págs. 221 y 222.

⁷⁶⁰ Dalla Vía, Alberto; “La regulación del comercio interjurisdiccional”, en Albanese, Susana; Dalla Vía, Alberto; Gargarella, Roberto; Hernández, Antonio y Sabsay, Daniel; Derecho constitucional, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, Pág. 255.

⁷⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Varios puesteros próximos al Mercado del Centro c./ empresario del mismo Mercado s./ amparo de posesión” (Fallos 3:468) de 8 de noviembre de 1866, (apoyado en fundamentos de la instancia inferior)

dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el art. 14 de la Constitución a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio; que siendo esto así, la justicia nacional sería incompetente para obligar a una provincia, que ha prohibido las corridas de toros, a soportar la construcción de una plaza para dar al pueblo ese espectáculo, aún cuando pudiera ella calificarse de establecimiento industrial, como se pretende, y el ejercicio de esa industria, no ofendiera el decoro, la cultura y la moralidad de las costumbres públicas”⁷⁶².

Y en el mismo sentido en 1871 ha dicho que “*las razones de higiene y salubridad pública son incontestables, porque la concentración en puntos determinados de los puestos de abasto, produce que su vigilancia sea más constante y eficaz en beneficio de la comunidad. Que por la concesión del radio no se prohíbe la industria, sino meramente su ejercicio en un espacio limitado y esto en fuerza de los motivos de trascendencia contenidos en los considerandos precedentes que obligan al interés individual de unos pocos ceder ante el general*”⁷⁶³.

Por otra parte y vinculando el derecho de ejercer industria lícita con la propiedad privada, en razón de las limitaciones en materia de sanidad, el tribunal ha expresado que “...ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo que con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria”⁷⁶⁴, criterio reiterado en pronunciamientos posteriores⁷⁶⁵.

Continuación jurisprudencial. La primera integración del bloque de derechos económicos de producción. La identificación del derecho de trabajar con el derecho de industria.

Hemos visto que los primeros antecedentes jurisprudenciales pretendieron elaborar la naturaleza del derecho fundamental a ejercer toda industria lícita en los términos del artículo 14 de la Constitución argentina a partir de sus limitaciones –originariamente, en razón de la seguridad, salubridad y moralidad–.

Luego, a partir del año 1891, tal construcción pretoriana produjo la que denominamos **primera integración del bloque de derechos económicos de producción**.

⁷⁶² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Plaza de Toros” (Fallos 7:150) de 13 de abril de 1869, (el subrayado es agregado)

⁷⁶³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Dr. D. Juan Agustín García por varios puesteros c./ los concesionarios del Mercado “Independencia” s./ inconstitucionalidad de una resolución Municipal” (Fallos 11:5) de 7 de octubre de 1871, (apoyado en fundamentos de la instancia inferior)

⁷⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Saladeristas c./ Provincia de Buenos Aires” (Fallos 31:273) de 14 de mayo de 1887.

⁷⁶⁵ Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Don Federico Gatti c./ don Luis Doyhenard s./ indemnización” (Fallos 124:75) de 21 de septiembre de 1916.

Ello se da a partir de la identificación y asimilación del **derecho de trabajar y ejercer profesión** —o como por ejemplo lo reseña la siguiente sentencia judicial que enuncia el “derecho de aplicar su actividad y trabajo a cualquier ocupación honesta”—, con la **libertad de industria** que ha llevado a cabo la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En su temperamento, el tribunal asimiló el ejercicio de profesiones liberales y representación judicial (en el caso, la procuración judicial) al derecho a ejercer industria lícita⁷⁶⁶. El mismo criterio utilizó el órgano judicial en el año 1896 para la identificación del ejercicio del derecho a trabajar de forma autónoma (en el caso, un abogado inscripto en la matrícula regulada) y el derecho de ejercer toda industria lícita⁷⁶⁷.

Posteriormente, en el año 1903 la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que “*la autoridad no debe intervenir en la libre aplicación de los capitales ni en las empresas e iniciativas de particulares en pleno goce de su capacidad civil, prohibiendo determinados negocios por conceptuarlos ruinosos o imponiendo otros que repunte de conveniencia pública, y que la reglamentación a que se refiere el artículo 14 no puede tener otro objeto que facilitar el ejercicio de los derechos y coordinarlos con otros intereses*”⁷⁶⁸. Además, y sobre el concepto de “licitud” del derecho de industria, aclaró que el criterio constitucional para resolver si una industria es lícita, no puede ser el de la utilidad y conveniencia de la misma, sino que ella no sea contraria al orden y a la moral pública o perjudique a un tercero.

Continuación jurisprudencial. La segunda integración del bloque de derechos económicos de producción. La identificación del derecho de trabajo e industria con el derecho de comercio.

La segunda integración de derechos económicos de producción se dio a partir de la identificación de los derechos constitucionales de trabajar (o ejercer profesión) y ejercer industria (ya integrados, según vimos recientemente), con el derecho de comerciar.

⁷⁶⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “D. Francisco Arcelus contra Casimiro Gómez, por liquidación social y rendición de cuentas s./ capacidad de la mujer para ejercer la procuración judicial” (Fallos 42:274) de 21 de febrero de 1891.

⁷⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Doctor don Miguel Angel Angulo y García, reclamando una resolución de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil s./ prohibición de informar *in voce* por no ser abogado inscripto en la matrícula, y no haber prestado el juramento de ley” (Fallos 65:58) de 1 de septiembre de 1896.

⁷⁶⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Nougués Hnos. c./ Provincia de Tucuman s./ inconstitucionalidad de la ley de 14 de junio de 1902 y devolución de dinero” (Fallos 98:52) de 5 de septiembre de 1903. Ver también sobre el mismo tema y en la misma fecha “Hileret y otros c./ Provincia de Tucumán” (Fallos 98:20).

Si bien tal fenómeno se desprendía tímidamente de pronunciamientos anteriores⁷⁶⁹, la jurisprudencia va a encontrar una clara identificación y asimilación de los derechos de trabajar y ejercer la industria con el de ejercer el comercio, en el marco de las actividades emprendedoras económicas autónomas. Consecuentemente, en los pronunciamientos judiciales comenzaron a aflorar las enunciaciones de conceptos tales como “empresa”, “establecimiento productivo” o “empresario”.

Por ejemplo, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha identificado a la “venta” de específicos medicinales como un ejercicio del derecho de industria⁷⁷⁰, o la actividad de otorgamiento de préstamos pignoratícios como parte de la libertad de trabajar, ejercer comercio e industria⁷⁷¹.

Más adelante en el tiempo, sobre la compulsión a contratar “números vivos teatrales” para asegurar adecuados niveles de ocupación de las personas dedicadas a las mencionadas actividades se ha dicho que ello “*no ha importado para el empresario cinematográfico sustituir el espectáculo propio de su comercio*”⁷⁷², y posteriormente se ha asimilado el derecho de trabajar con el de comerciar libremente⁷⁷³.

Tales asimilaciones fueron avaladas por la doctrina constitucional de la época. A modo de ejemplo, Juan González Calderón entendía que el derecho de trabajar se relaciona íntimamente con el de ejercer toda industria lícita y también con el derecho de comerciar⁷⁷⁴.

Dicho temperamento ha sido mantenido por la jurisprudencia argentina hasta la actualidad, sin especificar diferencias sustanciales entre los tres derechos de producción económica.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuteló el ejercicio del derecho económico “a trabajar” —en relación a una actividad autónoma, como es la registración notarial— frente a reglamentaciones irrazonables reconociendo así un verdadero “derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo”⁷⁷⁵.

⁷⁶⁹ Por ejemplo las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Nougués Hnos. c./ Provincia de Tucumán s./ inconstitucionalidad de la ley de 14 de junio de 1902 y devolución de dinero” e “Hileret y otros c./ Provincia de Tucumán” anteriormente reseñadas, y “Don Bernardo Belamendia c./ Provincia de Buenos Aires s./ daños y perjuicios” (Fallos 128:85) de 26 de septiembre de 1918.

⁷⁷⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Departamento Nacional de Higiene c./ Indraccolo Sauver s./ venta de específico” (Fallos 115:82) de 30 de noviembre de 1911.

⁷⁷¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “José Ferry s./ infracción ley 4531” (Fallos 124:402) de 9 de diciembre de 1916.

⁷⁷² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Callao (Cine) s./ recurso jerárquico” (Fallos 247:121) de 22 de junio de 1960.

⁷⁷³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Empresa Mate Larangeira Mendes S.A. y otros s./ recurso de amparo” (Fallos 269:393) de 7 de diciembre de 1967.

⁷⁷⁴ González Calderón, Juan; Curso de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988 [1923], Pág. 228 y 253.

⁷⁷⁵ En su oportunidad comentamos la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Jiménez, María c./ Provincia de Salta s./ inconstitucionalidad”, de 19 de abril de 2011, en: Cao, Christian; “El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo y las reglamentaciones irrazonables”, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 2011-B-658.

Sintetizando, **las distintas sub-denominaciones** usadas por la doctrina y jurisprudencia argentina para definir la libertad económica de emprendimiento –sea derecho de realizar un trabajo autónomo o profesión, comerciar o ejercer industria lícita, todas en clave productiva de bienes o servicios- **poseen pocos elementos diferenciadores**. Estas diversidades, en términos económicos constitucionales de iniciativa productiva y en función del radio de amplitud observada a partir de las interpretaciones jurisprudenciales, aluden meramente a aspectos semánticos cuyos contenidos esenciales coinciden en la mayoría de sus aspectos.

El bloque de derechos económicos de producción y sus irradiaciones normativas y axiológicas: ¿derecho a la libre iniciativa económica privada? ¿Libertad de empresa? La construcción de un bien jurídico protegido de producción.

Las diversas fórmulas constitucionales utilizadas por el constituyente argentino que componen el bloque de derechos económicos de producción, bien podrían haberse unificado en una sola noción.

Por ejemplo, y tal como se observa en ordenamientos constitucionales contemporáneos, es posible enumerar el derecho “a la libertad de empresa”, “la libertad para desarrollar una actividad económica”, “la libre iniciativa económica”, entre tantos otros⁷⁷⁶. Justamente, y en la línea de este temperamento Alejandro Pérez Hualde sugiere denominarlo como el “derecho a la libre empresa”⁷⁷⁷.

Se debe reconocer que estas denominaciones se ajustan mejor a las sociedades constitucionales contemporáneas, que se desenvuelven en el marco de economías de mercado mediante la producción y el intercambio de bienes y servicios resguardando los valores sociales.

Sin embargo, **sostenemos que en el caso argentino resulta válido aludir a otros tipos de formulas jurídicas que valoren el ejercicio de la iniciativa económica productiva privada, siempre que se observe la coherencia y cohesión interna del bloque de derechos económicos de producción**. Explicamos seguidamente.

Esta afirmación se justifica a partir del entramado de derechos económicos de producción que componen tal bloque confeccionado en el presente trabajo (derecho de comercio, industria lícita y trabajo autónomo o profesión), el cual se ve enriquecido con el agregado valorativo que desde antaño ofrece la jurisprudencia constitucional argentina.

⁷⁷⁶ Ver la sustancial compilación de terminologías empleadas por las Constituciones miembros del Consejo de Europa para la referencia al mismo derecho –aunque incidiendo en su radio de acción– realizada por Ignacio García Vitoria en; La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, Pág. 140 (nota al pie de página).

⁷⁷⁷ Pérez Hualde, Alejandro; Constitución y economía, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, Pág. 68

Ergo, sostenemos que en el derecho constitucional argentino es posible reconocer –a partir de esta construcción jurídica- la existencia de un derecho a la libre iniciativa económica privada (con sus especificidades, similar a la reconocida en el artículo 41 de la Constitución italiana de 1947 o en el artículo 85 inciso 1 de la Constitución de Portugal de 1976), **e incluso -de forma innominada- la libertad de empresa** (también con sus especificidades, similar a la recogida por el artículo 38 de la Constitución española que en su momento compararemos) **o el derecho al desarrollo de la unidad de negocio productivo.**

Abonan este razonamiento propuesto, dos argumentaciones más:

i. **El aporte axiológico.** En primer lugar, lo robustece el aporte axiológico que formula la cláusula de los derechos implícitos consignada en el artículo 33 de la Constitución argentina, que prevé “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”.

El silencio normativo sobre un expreso derecho a la libre empresa económica o libertad de empresa no implica su silencio axiológico. Aquí se debe recordar que estos valores a su vez se incardinan con el principio *pro homine* procedente del derecho internacional de los derechos humanos (constitucionalmente jerarquizado en razón del artículo 75 inciso 22 de la Constitución argentina)⁷⁷⁸.

¿El desarrollo de la libre personalidad humana tiene conexión con la dimensión o plano económico? (de forma similar a lo que dispone el artículo 2, inciso 1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949). Nuestra respuesta frente al interrogante es afirmativa.

En un marco económico de mercado ordenado por la Constitución, como es el modelo argentino (artículos 9 a 12, 14, 17, 42 y concordantes del texto supremo argentino), ¿se encuentra garantizado el libre intercambio de bienes y servicios para actividades productivas, si la norma expone que el Estado debe proveer al “*control de los monopolios legales y naturales*” (artículo 42 de la Constitución argentina) tanto privados como estatales?

Este segundo interrogante también debe tener –según sostenemos- una respuesta afirmativa, orientada hacia el reconocimiento de una libertad de iniciativa económica privada, si se quiere aplicar un mínimo de coherencia hermenéutica.

ii. **Los derechos sociales y la “fórmula de cierre” de la producción.** En segundo lugar, la libertad de empresa encuentra un reconocimiento indirecto en el texto constitucional argentino, si se tiene presente el aporte de los derechos sociales del trabajador dependiente asalariado reconocidos en la misma norma.

⁷⁷⁸ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 266.

El artículo 14 bis –cuyo estudio más adelante será profundizado- reconoce al trabajador el derecho a la “*participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección*”. Veamos el precepto desde la óptica de la libertad de empresa.

- i. En primer lugar, el artículo reconoce literalmente la existencia de “empresas”. Ergo, y como primera conclusión, la libertad de empresa posee reconocimiento constitucional;
- ii. En segundo lugar, el artículo asigna a la empresa el “control de la producción” de sus bienes y servicios (y algún tipo de participación por trabajadores);
- iii. En tercer lugar, el artículo atribuye a la empresa la “dirección de la administración” (y algún tipo de participación por los trabajadores).

Consecuentemente y desde su aspecto social, el artículo 14 bis de la norma suprema argentina constituye lo que denominamos la “**fórmula de cierre**” del **bloque de derechos económicos de producción**.

Esta denominación de “fórmula de cierre” proponemos debido a que el emprendimiento económico privado constitucionalmente reconocido y regulado genera riqueza y empleo, y se ampara a su vez en los términos de los derechos sociales establecidos en el mencionado artículo 14 bis de la Constitución nacional.

Sintetizando, el bloque de derechos económicos de producción, integralmente concebido se asimila a un derecho subjetivo (compuesto) a la libertad económica y a la libertad de empresa. Es posible esquematizarlo de la siguiente manera:

Reconocimiento expreso del bloque de derechos económicos (liberales) de producción	Aportes axiológicos o valorativos	Aportes de los derechos sociales imputados a la forma de producción de bienes y servicios
a) Derecho de trabajo autónomo o profesión (artículos 14 y 20)	a) Interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	a) Participar en las ganancias de las empresas
b) Derecho de comerciar (artículo 14)	b) Derechos implícitos (artículo 33)	Derecho de los trabajadores en relación a la empresa a: (artículo 14 bis) b) Participar en el control de la producción
c) Derecho de industria lícita (artículo 14)	b) Factores axiológicos " <i>pro homine</i> " (artículo 75 inciso 22)	c) Colaborar en la dirección de la empresa
Derecho constitucional a la libre iniciativa económica privada o libertad de empresa		

Sin perjuicio de las argumentaciones aquí esgrimidas en pos de reconocer un verdadero derecho subjetivo a la libertad de iniciativa económica privada e incluso a la libertad de empresa, es posible afirmar lo siguiente.

Si se quiere insistir en escindir y diferenciar los tres componentes del bloque de los derechos económico, se debe entender que tanto a) la libertad o el derecho de trabajar autónomamente o ejercer una profesión, b) la libertad o el derecho de comercio, y c) la libertad o el derecho de industria lícita, son derechos subjetivos constitucionales autónomos (si bien interrelacionados) cuyo contenido y objeto serán analizados seguidamente.

Estos derechos fundamentales se encuentran íntimamente relacionados entre sí e incluso muchas veces se presentan solapados, interconectados y su diferenciación y especificación resulta a veces difícil de distinguir, tal como surge del análisis de la jurisprudencia reseñado.

A su vez, este conjunto de derechos se encuentra vinculado con el derecho constitucional de propiedad privada, por cuanto su objeto constituye un presupuesto de tratamiento con fines productivos (y no de mero consumo). Justamente en esto último radica su principal diferencia.

c) **Contenido, objeto y sujetos del derecho a la libre iniciativa económica privada.**

Explicada la posición asumida sobre la existencia de un verdadero derecho subjetivo constitucional o fundamental a la libre iniciativa económica privada (o llanamente, libertad de empresa) a partir de las conclusiones antes arribadas, indagaremos seguidamente sobre su contenido, objeto y sujetos activos. Paralelamente, atendiendo a las diferencias que presentan los subderechos (de comercio, industria o de profesión), -cuando procedan- destacaremos sus contenidos específicos.

El **contenido** del derecho a la libre iniciativa económica privada refiere a la facultad de tratamiento productivo (es decir, orientados a crear riqueza, lucro o beneficios) y no de simple consumo o mero disfrute (derecho de propiedad privada) de bienes y servicios (sea comercial, industrial o profesional)

Las funciones a las que el derecho a la libre iniciativa económica o libertad de empresa en argentina está llamado a realizar, comprende la facultad de:

a) **crear un emprendimiento productivo o constituir una unidad de negocio** (comercial, industrial o laboralmente autónomo), y consecuentemente ingresar y participar en un mercado de intercambios referente al sector económico escogido (artículos 14 y 20, en relación con el mercado interior en virtud de los artículos 9 a 12 de la Constitución nacional). Esquemáticamente reviste las siguientes características:

- El emprendimiento -en los términos del derecho bajo análisis- consiste en la realización voluntaria de una **actividad económicamente lucrativa, es decir que agregue valor o genere rendimientos** y en función de ello **se posibilite su aprovechamiento**. Helio Zarini define esto último como la facultad de elegir la actividad libremente y disfrutar de su rendimiento económico⁷⁷⁹.
- Se excepcionan las actividades que pueden llegar a ser económicamente lucrativas pero que se encuentran prohibidas por la ley. Este principio será posteriormente desarrollado;
- Se excepcionan asimismo las actividades que, siendo lícitas, se encuentran fuera del mercado de intercambio –atento su interés público- y sujetas al concepto de *publicatio* o **servicio público**, los cuales poseen un régimen de prestación estructurado mediante figuras administrativas (concesión, autorización, etcétera);
- La búsqueda de **plusvalor** no implica la garantía de su logro o alcance. Por lo tanto aquí se introduce el **factor riesgo** como elemento característico de la relación derecho-contenido;

⁷⁷⁹ Zarini, Helio; Derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

Proponemos catalogar esta fracción o variante del derecho, como el **derecho a constituir una unidad de negocios o matriz productiva**.

b) **permanecer en el sector productivo o mercado escogido** (industrial, comercial o profesional) en el cual se despliega la unidad de negocios o matriz productiva constituida. Todo esto al amparo de la **normativa constitucional sobre defensa de la competencia** establecida en el artículo 42 de la Constitución argentina, segundo párrafo, el cual dispone que “*Las autoridades proveerán....a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales...*”. Es decir, el derecho fija un límite intrínseco en función de su ejercicio en necesario régimen de concurrencia, garantizando el mismo derecho a los demás participantes del sector, tanto actuales como futuros. Ergo, el derecho recoge de la norma suprema una **garantía institucional de mercado abierto, participativo y transparente**. De esta forma el derecho tutela la no exclusión de los actores económicos por causas irrazonables.

c) **interactuar en el mercado interno de intercambio de bienes y servicios** (artículos 9 a 12, en relación con los artículos 14 y 20 de la Constitución argentina) dentro del marco de licitud fijado a partir del principio de reserva de ley. Es importante destacar aquí que el contenido del libre emprendimiento económico privado se incardina con el derecho de circular libremente por el territorio, en materia de transporte de bienes (artículo 14 de la misma norma) y el comercio interprovincial (artículo 75 inciso 13 de la misma norma), también denominado cláusula del comercio⁷⁸⁰.

d) **interactuar en el mercado externo de intercambios -exportación e importación- en materia de comercio exterior** (artículo 75, incisos 1 y 13 de la constitución nacional)⁷⁸¹, de la misma forma que se ha argumentado en el punto anterior, esta vez en lo atinente los intercambios de bienes y servicios internacionales. Como hemos descrito anteriormente, esta recepción constitucional del ordenamiento argentino se diferencia del antiguo artículo 40 de la Constitución del año 1949, el cual establecía que las actividades de exportación e importación quedaban bajo la esfera del Estado.

e) **controlar la dirección del emprendimiento económico privado** (artículos 14 y 14 bis de la Constitución argentina). Enumerativamente, es posible señalar actividades estratégicas que forman parte de la dirección del emprendimiento o empresa (comercial, industrial o profesional)

⁷⁸⁰ Dalla Vía, Alberto; “La regulación del comercio interjurisdiccional”, en Albanese, Susana; Dalla Vía, Alberto; Gargarella, Roberto; Hernández, Antonio y Sabsay, Daniel; Derecho constitucional, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, Págs. 255 y ss.

⁷⁸¹ Lascano, Julio; Los derechos de aduana, Editorial Buyatti, Buenos Aires, 2007, Pág. 200.

privada, tales como: contratación, inversión, capitalización, publicidad, repliegue, entre tantas otras. Proponemos denominar a esta (sub)libertad –la cual integra el derecho a la libre iniciativa económica privada-, en términos constitucionales contemporáneos como el **derecho al giro empresario**. Estas actividades pueden ser susceptibles de una razonable reglamentación por parte del legislador, principalmente en los denominados sectores administrativamente regulados, mediante instrumentos de avance⁷⁸² (actividad promocional, fomento, reserva de sectores a la administración pública, etcétera) o de retroceso⁷⁸³ (desregulación en sus diferentes variantes, etcétera)⁷⁸⁴.

f) **establecer el control de la producción del emprendimiento económico privado** (artículos 14 y 14 bis de la Constitución nacional). Enumerando también, es posible identificar actividades decisorias referidas a la producción en el emprendimiento o empresa (sea comercial, industrial o profesional) en relación a: cantidades, calidades, componentes, sustancias, racionamiento⁷⁸⁵, abastecimiento⁷⁸⁶, uso, consumo y particularmente precios⁷⁸⁷, entre tantas otras. Como se ha dicho en el apartado anterior, la reglamentación legal requiere la aplicación del criterio de razonabilidad en términos de ponderación constitucional.

g) **abandonar el sector productivo o mercado** en el que el emprendimiento (o sujeto activo del derecho) interactúa. Esta facultad interdicta la participación y/o el mantenimiento de la participación en todo mercado o actividad empresarial de manera compulsiva⁷⁸⁸. Ello sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que quepan a los sujetos activos para los casos de abandono intempestivo.

h) **cesar la actividad económica privada** (sea comercial, industrial o profesional), con interdicción del mantenimiento del emprendimiento de forma compulsiva (artículo 19 de la Constitución argentina).

⁷⁸² Pérez Hualde, Alejandro; Constitución y economía, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

⁷⁸³ Bustamante, Eduardo; Desregulación. Entre el derecho y la economía, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

⁷⁸⁴ Ver el debate jurisprudencial desarrollado en los votos en disidencia de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Día Argentina S.A. y otra c./ Provincia de Buenos Aires s./ acción de inconstitucionalidad” de 15 de junio de 2010.

⁷⁸⁵ Aftalión, Enrique; “El empresario ante las leyes de agio y las comisiones parlamentarias de investigación”, en Revista Jurídica La Ley, Tomo 93, Pág. 840, Buenos Aires, 1957.

⁷⁸⁶ Malamud Goti, Jaime; “Aspectos penales de la nueva ley de abastecimiento (ley 20.680)”, en Revista Jurídica El Derecho, Tomo 57, Pág. 843, Buenos Aires, 1975; Padilla, Miguel; “Inconstitucionalidad de la ley 20.680”, en Revista Jurídica El Derecho, Tomo 112, Pág. 901, Buenos Aires, 1985.

⁷⁸⁷ Aftalión, Enrique; “Agio y leyes penales en blanco”, en Revista Jurídica La Ley, Tomo 89, Pág. 499, Buenos Aires, 1957.

⁷⁸⁸ En algún caso la jurisprudencia se ha manifestado en favor de la producción compulsiva (contratación de números vivos en salas de cine), como por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Callao (Cine) s./ recurso jerárquico” (Fallos 247:121) de 22 de junio de 1960.

De la manera observada, el derecho posee un reconocimiento amplio del haz de funciones que rodean a la producción económica privada. Sintetizando lo hasta aquí expuesto, el **contenido del derecho** (o de los derechos integrados, si se quiere) conforma el espacio suficiente de libertad para la actividad económica privada de producción, exenta de intervencionismo o dirigismo estatal. Consecuentemente esto propicia la idea de una sociedad pluralista en la que el poder económico ha de estar socialmente pluralizado, desconcentrado o repartido entre diversidad de sujetos dentro de una sociedad libre⁷⁸⁹.

En esta línea, Guillermo Cabanellas de las Cuevas afirma que el contenido del derecho (y su valor) se pierde cuando las autoridades administrativas pueden determinar extensamente los actos mediante los que se comercializan el producto del trabajo y de la industria⁷⁹⁰.

Por otro lado, el **objeto del derecho** lo constituyen los procesos, dinámicas y servicios susceptibles de ser tratados productivamente, cualquiera sea su dimensión y actividad, siempre que se reditúe una ventaja, ganancia o plusvalor pecuniario.

En la expresión constitucional argentina, son los bienes y/o servicios económicos susceptibles de serles aplicados un valor agregado (ganancia o plusvalía) mediante la comercialización, industrialización o trabajo por cuenta propia o mediante profesión autónoma, ya que, como se ha dicho, el trabajo dependiente es ajeno a la libertad de emprendimiento privado.

El objeto del derecho es el proceso productivo intercambiable o transable en los respectivos mercados (mediante la aplicación del contenido del derecho) y en todos los casos en los que no hubiere sido prohibido o razonablemente restringido por el legislador mediante el principio de reserva de ley. Este universo de procesos productivos puede encontrar dos tipos de limitaciones absolutas a su titularidad:

- a) En los caso que la disposición o el tratamiento productivo de determinados bienes o servicios se encuentran **prohibidas por la ley**;
- b) En el caso de la **reserva de ciertas actividades al sector público**, mediante la figura de la *publicatio*.

En síntesis y tal como se aprecia, el objeto del derecho reviste gran heterogeneidad y amplitud, atento a la diversidad de sectores productivos que puede incluir. Presenta un nutrido dinamismo que va acompañado por los aportes efectuados a partir del desarrollo de la ciencia y tecnología, como así también de los procesos de globalización e integración regional.

⁷⁸⁹ Bidart Campos, Germán; “La economía y la Constitución de 1853-1860”, en Revista Jurídica El Derecho, Tomo 117, Pág. 759, Buenos Aires, 1985.

⁷⁹⁰ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Regulación jurídica del comercio interior, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1999, Pág. 137.

Finalmente, las personas que pueden ser **sujetos activos del derecho** al libre emprendimiento económico son las personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras, conforme a la disposición del citado artículo 20 de la Constitución nacional.

Conviene recordar que este derecho se vincula íntimamente con el respeto al libre desarrollo de la personalidad y la autorrealización de la persona. La Constitución argentina interdicta su eventual prohibición bajo parámetros irrazonables, incluso so pretexto de la nacionalidad.

En forma reglamentaria, la normativa infraconstitucional puede exigir el revestimiento por parte del sujeto activo de determinada aptitud profesional, o contar con ciertos requisitos de infraestructura o capital. El tema será profundizado más adelante al indagar sobre los límites del derecho a la iniciativa económica. Pero aquí se debe decir que la ponderación proporcionada de los recaudos exigibles –debiendo ser considerados de la manera menos gravosa al derecho- ha sido un parámetro utilizado por los antecedentes jurisprudenciales argentinos citados en la materia.

Por último, es importante hacer mención a la problemática que presenta la relación entre el trabajador dependiente y el emprendimiento económico en relación a la **participación en las ganancias, con el control de la producción y la dirección** de este último (conforme el artículo 14 bis de la Constitución argentina).

Germán Bidart Campos afirma que tal imposición del Estado no implica un desmedro de la libertad económica, a partir de la indisolubilidad del trabajo y el capital como factores de producción. Se trata entonces de reconocer y conferir al trabajo la primacía axiológica, por constituir una actividad humana⁷⁹¹.

Este tema será abordado con posterioridad, aunque resulta de interés aquí destacar que la cuestión sobre la intervención de los trabajadores en la gestión de la empresa y la capitalización de ganancias es un tema que presenta escaso tratamiento en la literatura constitucional argentina, y casi nulo en la jurisprudencia suprema⁷⁹².

En cuanto al interrogante sobre la posibilidad que Estado –en cualquiera de sus dimensiones- sea sujeto titular de la libertad de empresa, la respuesta se debe buscar en el plano de la teoría general: el Estado no es titular de derechos subjetivos, sino de competencias funcionales otorgadas por la norma correspondiente. En el caso del Estado nacional y en Argentina, esto es, su Constitución y las leyes que se dicten en su consecuencia.

Por lo tanto, este principio no aplica solamente a los derechos económicos, sino sobre la totalidad de los derechos fundamentales. Esta afirmación pone en crisis por ejemplo, ciertas

⁷⁹¹ Bidart Campos, Germán; El orden socioeconómico en la Constitución, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, Pág. 134.

⁷⁹² Diferente es el caso alemán en la temática referida a la ampliación de la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa (cogestión), de acuerdo con la Ley de Cogestión del 4 de mayo de 1976, ante la cual el Tribunal Constitucional alemán sí se ha pronunciado, por ejemplo el 1 de marzo de 1979 (compatibilidad entre la cogestión de los trabajadores con los derechos fundamentales de las sociedades contemplados en la ley, de los accionistas y de las coaliciones de los patronos).

afirmaciones expuestas en Argentina sobre un eventual derecho del Estado a una tutela judicial rápida y efectiva en los casos que se ventilaban emprendimientos productivos⁷⁹³. Todo esto sin perjuicio que la Constitución nacional otorga competencia al Estado –nacional y provincial– para llevar a cabo actividades económicas de promoción, expresamente “*promoviendo la industria,...la construcción de ferrocarriles y canales navegables, ...el establecimiento de nuevas industrias...*”, entre otros (conforme el artículo 75, inciso 18. Pero estos lineamientos son, precisamente, mandatos de competencia y no derechos fundamentales de las personas jurídicas públicas-estatales.

Contrariamente a lo anterior, el derecho constitucional a la libertad económica privada se atribuye a las personas (físicas o jurídicas) conforme a los preceptos analizados en los artículos 14, 14 bis y 20 de la norma suprema, los cuales conforman el bloque de derechos económicos de producción.

En forma subsidiaria y en atención a los criterios ponderadamente constitucionales, el Estado posee facultades para intervenir en las actividades económicas realizando actividades de industria y comercio. En el caso argentino **no existe expresa reserva constitucional a ninguna actividad económica productiva** que deba prestarse en forma exclusiva por el Estado⁷⁹⁴.

Sin embargo, es preciso hacer especial mención a las atribuciones -y a la vez obligaciones- que el Estado ostenta para intervenir en las actividades económicas en pos de garantizar la totalidad de los derechos fundamentales, atento a lo establecido en el artículo 42 de la Constitución argentina. Esto independientemente de la titularidad de los medios de producción de tales actividades.

El debate sobre la conveniencia o inconveniencia, en cada época, de la titularidad del ejercicio (o de los medios de producción) de determinado sector productivo corresponde a la ciencia de la administración. **El ordenamiento constitucional argentino hace caso omiso al asunto** de forma diferente, por ejemplo, a la experiencia del caso alemán⁷⁹⁵.

Desde el derecho administrativo, Juan Cassagne fundamenta el principio de subsidiariedad en cuanto a la asunción de tareas económicas por parte del Estado que no pueden ser llevadas a cabo por los particulares, cualquiera sea el motivo⁷⁹⁶. Roberto Dromi se enrola en una posición

⁷⁹³ Cao, Christian; “El Estado y la legitimación activa en la acción de amparo ¿En resguardo de sus intereses o en defensa de los derechos?”, en Revista jurídica La Ley, edición de 10 de diciembre de 2010.

⁷⁹⁴ Esto a diferencia de lo establecido por la Constitución argentina del año 1949, tal como anteriormente ha sido expuesto.

⁷⁹⁵ En Alemania, los procesos de transformación de los sectores de ferrocarriles federales y correo postal y telecomunicaciones y su posterior privatización demandaron la modificación del texto constitucional en los años 1993 y 1994 respectivamente (artículos 143 a y 143 b de la Ley Fundamental de Bonn del año 1949).

⁷⁹⁶ Cassagne, Juan; La intervención administrativa, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 1994.

similar⁷⁹⁷. Con cierto reparo Agustín Gordillo⁷⁹⁸ y más críticamente Jorge Salomoni⁷⁹⁹ han elaborado posiciones relativas sobre la temática.

En términos constitucionales, los particulares son los titulares del derecho subjetivo al libre emprendimiento económico privado, sin perjuicio de la competencia que las normas constitucionales puedan asignar al Estado para el desarrollo de actividades económicas.

El trabajo autónomo (o por cuenta propia) como variante de la libre iniciativa económica privada.

El derecho de trabajo autónomo u oficio se diferencia de la protección del trabajador dependiente o asalariado, tanto sobre su naturaleza jurídica como respecto su contenido.

El primero de ellos encuentra la protección del contenido y la garantía institucional del derecho al libre emprendimiento económico o libertad de empresa. El trabajador autónomo ejerce un derecho pleno a la iniciativa económica privada. Consecuentemente **asume los riesgos** y obligaciones de tal actividad. Por eso suele decirse que el trabajador realiza la actividad económica **por cuenta propia**. En páginas atrás encaramos ese dilema a partir del estudio de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁰⁰. Por lo tanto, a este trabajador le resultan aplicables todos los aspectos indagados en la presente sección del estudio.

El segundo de ellos -el trabajo dependiente-, en cambio, se encuentra tutelado por los derechos sociales (laborales y de la seguridad social) recogidos en el artículo 14 bis de la Constitución nacional, temática que más adelante será abordada.

El trabajador por **cuenta ajena** no asume una iniciativa económica propia sino que pone a disposición del trabajador su fuerza de trabajo en el marco de un emprendimiento (o empresa) constituida por otro sujeto. A cambio de ello recibe una contraprestación que integra su patrimonio, tutelada por el derecho de propiedad (y no la libertad de empresa). La figura del riesgo empresario propio le es ajena, ya que permanece en cabeza de su empleador.

Sí posee la tutela constitucional individual, colectiva y de la seguridad social que el ordenamiento le provee. Pero, en su ámbito laboral-contractual, carece del contenido propio de la libertad de emprendimiento, sin perjuicio de que sí pueda poseerlo en otras relaciones (por

⁷⁹⁷ Dromi, Roberto; Empresas públicas. De estatales a privadas, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997 y Reforma del Estado y privatizaciones, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, 3 tomos.

⁷⁹⁸ Gordillo, Agustín; Después de la reforma del Estado, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 1996.

⁷⁹⁹ Salomoni, Jorge; Teoría general de los servicios públicos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

⁸⁰⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Jiménez, María c./ Provincia de Salta s./ inconstitucionalidad” de 19 de abril de 2011, comentario al fallo: Cao, Christian; “El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo y las reglamentaciones irrazonables”, en Revista jurídica La Ley, Buenos Aires, edición de 29 de abril de 2011.

ejemplo, el trabajador asalariado es a su vez, empresario en otro ámbito) y del derecho de “participar” en ciertos aspectos de las ganancias, producción y dirección.

**d) Los límites al ejercicio de los derechos económicos de producción.
Jurisprudencia.**

En este trabajo hemos afirmado que los derechos económicos no son absolutos y por lo tanto las reglamentaciones pueden limitar su contenido. Los derechos que integran el bloque económico de producción dentro de la Constitución socioeconómica argentina (en sus variantes libertad de comercio, industria o trabajo autónomo o profesión), no son ajenos a esta apreciación.

Por demás se aplican aquí también los parámetros antes explicados sobre el principio de reserva de ley (artículos 14 y 19 de la Constitución argentina) y razonabilidad de la reglamentación (artículo 28 de la misma norma) al ejercicio del derecho y a ellos nos remitimos.

Veamos el aporte que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado en la materia.

Justamente la construcción jurisprudencial ha establecido bases para la aplicación del criterio de razonabilidad en la limitación de la libertad económica. El máximo tribunal de justicia argentino, siguiendo criterios pretorianos norteamericanos, y en relación a la limitación reglamentaria sobre la industria agroalimentaria (clasificación y tipo de ganado, carnes, productos y subproductos de ganadería, transporte, explotación e incluso propaganda), se preguntaba: “¿Qué es esta libertad? La Constitución no habla de libertad (freedom) de contratar. Habla de libertad (liberty) y prohíbe la privación de esta libertad sin el debido procedimiento legal. Al prohibir dicha privación, la Constitución no reconoce una libertad absoluta e incontrolable. La libertad en cada una de sus fases tiene su historia y connotación. Pero la libertad salvaguardada es la libertad que en una organización social, requiere la protección de la ley contra los males que amenazan la salud, seguridad, moral y bienestar del pueblo. La libertad según la Constitución está, pues, necesariamente sujeta a las restricciones del debido procedimiento, y una regulación que sea razonable en relación a su objeto y se adopte en el interés de la comunidad, equivale a dicho debido procedimiento”⁸⁰¹.

De esta forma y a criterio jurisprudencial, las eventuales limitaciones a los derechos económicos de producción sólo pueden caber en un marco de racionalidad ponderada. De esta manera lo rescata el tribunal judicial en uno de sus primeros casos referido a la matriculación

⁸⁰¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pedro Inchauspe Hnos. c./ Junta Nacional de Carnes s./ devolución de pesos” (Fallos 199:516) de 1 de septiembre de 1944. El subrayado es agregado.

obligatoria para el ejercicio de ciertas profesiones⁸⁰², o que requieran una “comprobación del conjunto de conocimientos indispensables”⁸⁰³ o la atención de “delicadas funciones” que requiere la profesión⁸⁰⁴, o la prohibición de bonificar con sueldos mayores a las categorías inferiores en situación jerárquica (fijación de sueldos mínimos) en aras de lograr una “ordenada coexistencia de las oficinas y la tranquilidad en la prestación de las obligaciones laborales”⁸⁰⁵.

La relación entre el poder impositivo y el poder reglamentario de los derechos no ha estado ajena en esta construcción jurisprudencial argentina. Ejemplificando, se ha tachado de inconstitucional la normativa que no autorizaba el desarrollo de un emprendimiento forestal a causa del impago de tributos municipales y/o provinciales.

De esta manera la jurisprudencia argentina fijó distinciones del poder impositivo respecto el poder limitativo de derechos, por cuanto *“la modalidad escogida, ejercitada dentro de la órbita de que es materia del poder de policía, excede el marco de razonabilidad antes señalado y encubre bajo esa apariencia una pretensión fiscal que obra, en los hechos, como una suerte de impedimento para la circulación de los productos forestales de modo tal que gravita negativamente sobre la actividad productiva al punto de dificultarla, en contradicción con los planes de desarrollo que la legislación específica debe perseguir. De esa manera, los medios escogidos para la recaudación de tributos carecen de relación real con el objetivo perseguido por la legislación forestal de proveer a la policía, higiene y seguridad en el tráfico de los bienes”*⁸⁰⁶.

Más polémico han sido los casos en los cuales, a los fines de determinar la razonabilidad (y por lo tanto constitucionalidad) de la reglamentación, el factor determinante giró en torno a la exigencia de ausencia de antecedentes policiales para obtener habilitaciones comerciales⁸⁰⁷, la fijación de precios máximos de venta de bienes (en situaciones de emergencia o período de

⁸⁰² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Doctor don Miguel Angel Angulo y García, reclamando una resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil s./ prohibición de informar *in voce* por no ser abogado inscripto en la matrícula, y no haber prestado el juramento de ley” (Fallos 65:58) de 1 de septiembre de 1896.

⁸⁰³ En el caso, ciencias económicas, actuario y contador público. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Solivellas, Vicente s./ apela resolución del Consejo Profesional de Ciencias Económicas” (Fallos 214:612) de 26 de septiembre de 1949, a modo de ejemplo.

⁸⁰⁴ En el caso, actividad de notario público. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Almada, Edgardo s./ información” (Fallos 268:91) de 16 de junio de 1967.

⁸⁰⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Barone, Manlio y Cajarville, Jesús c./ Banco di Nápoli” (Fallos 249:252) de 10 de marzo de 1961.

⁸⁰⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Irizar, José c./ Provincia de Misiones” (Fallos 319:1934) de 12 de septiembre de 1996. El subrayado es agregado.

⁸⁰⁷ En el caso, se rechazó la habilitación de apertura de un club nocturno. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Miranda, R. y otros s./ recurso de amparo” (Fallos 257:30) de 9 de octubre de 1963.

guerra)⁸⁰⁸, o la participación compulsiva y obligatoria de productores vitivinícolas a una entidad mediante un aporte que los convierte en socios⁸⁰⁹.

Finalmente, en el ejercicio del establecimiento de límites a las actividades productivas privadas –siempre en aras de la garantía de la totalidad de los derechos fundamentales y considerando su proporcionalidad ponderada–, Alberto Bianchi identifica un espectro de funciones públicas graduales⁸¹⁰. Entre ellas ubica:

- i. La actividad económica que adquiere interés público, en la cual el Estado fija pautas para su ejercicio (a modo de ejemplo, regulación de actividades profesionales mediante el otorgamiento de matrícula sujeta al contralor público). El principio que rige la actividad es el de competencia o libre competencia.
- ii. La actividad económica que adquiere mayor interés público, en la cual el Estado exige previamente una autorización, siempre sujeta a parámetros objetivos (a modo de ejemplo, la autorización funcional de la actividad bancaria o de seguros). El principio que rige la actividad es el de competencia o libre competencia, sin perjuicio del eventual y excepcional establecimiento de cupos cerrados basado en absolutos criterios de razonabilidad.
- iii. La actividad económica que adquiere el máximo interés público (actividad esencial), por la cual el Estado la excluye de la libre competencia y la califica como servicio público. El principio que rige la actividad es el de prestación en exclusiva o monopolio, sin perjuicio de la instrumentación de técnicas administrativas que inyecten competencia en el sector determinado (a modo de ejemplo, segmentación de actividades o desintegración vertical del negocio (*unbundling*) y distinción del régimen jurídico, entre otras)

⁸⁰⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Martini Vicente e hijos (S.R. Ltda.) s./ infracción ley 12.591” (Fallos 200:250) de 27 de diciembre de 1944.

⁸⁰⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cavic c./ Maurín y Cía. SRL” de 8 de julio de 1970.

⁸¹⁰ Bianchi, Alberto; La regulación económica, Editorial Abaco, Buenos Aires,, 1998, Pág. 225.

C) Segunda especie: Los derechos del trabajo y de la seguridad social en la Constitución socioeconómica argentina.

Los derechos sociales que la Constitución socioeconómica argentina le atribuye al trabajador dependiente (o por cuenta ajena) en su dimensión individual, colectiva y de la seguridad social han recibido protección constitucional a partir de la reforma de la norma suprema argentina del año 1957.

Estos derechos emergen de una relación laboral por la cual el sujeto activo pone a disposición del empleador (sea un sujeto privado o el Estado) su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación. Ergo, estos bienes jurídicos nacen en su gran mayoría en los casos de dependencia laboral.

En esta inteligencia, Julio Grisolia excluye de los beneficios sociolaborales constitucionales al trabajador autónomo –el cual, como hemos explicado, trabaja bajo su propio riesgo-, de la misma forma que lo hace respecto al trabajo familiar (por ejemplo cónyuges) y el trabajo benévolo (el la cual hay una actividad desinteresada, como por ejemplo la actividad de voluntariado social)⁸¹¹.

El artículo 14 bis de la Constitución argentina prevé que *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.*

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

La cláusula suprema atribuye derechos de índole social bajo la siguiente esquematización. El primer párrafo ordena los derechos constitucionales del trabajador individualmente

⁸¹¹ Grisolia, Julio; Derecho del trabajo y de la seguridad social, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, Pág. 4

concebido. La segunda sección reconoce derechos supremos a los trabajadores organizados o colectivamente agrupados en gremios o sindicatos. Por último, la tercera prosa consagra derechos fundamentales de la seguridad social y de la familia.

Enumeración y naturaleza jurídica de los derechos del trabajo y de la seguridad social.

Derechos constitucionales individuales del trabajador.

Los derechos atribuidos constitucionalmente al trabajador individual son, como la gran mayoría, susceptibles de ser regulados por la normativa infraconstitucional observando el principio de reserva legal (artículos 14 y 19 de la Constitución argentina) y el principio de razonabilidad (artículo 28 de la misma norma).

La fórmula gramatical del artículo 14 bis (*“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...”*) establece **un mandato imperativo de regulación tuitiva** tanto de la actividad laboral como del trabajador.

Una gran parte de estos derechos se vinculan de manera directa -y por excelencia- con la orientación del gasto público y, como hemos explicado oportunamente, con el poder de tributación del Estado. Esto es así atento a que la garantía de esos derechos requiere, en su mayoría, una actividad preponderantemente prestacional estatal (por ejemplo el derecho de jubilaciones y pensiones móviles o el acceso a una vivienda digna).

Otros, en cambio, alcanzan su grado de satisfacción con el cumplimiento de la garantía del derecho por parte de los particulares (por ejemplo, el derecho a la igual remuneración por igual tarea o la jornada limitada de trabajo en el caso del empleo privado).

Finalmente es posible identificar excepcionalmente derechos constitucionales laborales por los cuales el contenido que se demanda implica una conducta de abstención por parte de los sujetos pasivos del derecho (ejemplo, el derecho fundamental de huelga).

Enumerativamente, el texto supremo reconoce los siguientes derechos constitucionales.

- Derecho de trabajo y derecho al trabajo ¿deber de trabajar?

El trabajo humano es un factor de producción, y a su vez cumple una función económica-social. Su consagración como derecho “de” trabajar implica primeramente la **disponibilidad de elegir libremente una actividad productiva en relación de dependencia que sea económicamente remunerada.**

El derecho social laboral tutela preponderantemente la actividad del trabajo por cuenta ajena o asalariado. Recordemos lo que afirmamos anteriormente que, en cambio, el derecho de trabajo autónomo o profesión –es decir, por cuenta propia- forma parte de la libertad económica. Ello sin perjuicio que algunos de los lineamientos constitucionales puedan llegar a ser también aplicados (por ejemplo, la generación de empleo y la formación profesional de los trabajadores dispuesta en el artículo 75 inciso 19 de la Constitución argentina).

Entonces, en otro carril circula el derecho del trabajo en relación de dependencia, el cual se concibe a partir de la celebración de un contrato de empleo, sea privado (entre privados) o público (con el Estado). A partir de dicha contratación laboral surgen derechos constitucionales emergentes de esa relación de empleo.

Previo a su estudio pormenorizado resulta prudente profundizar sobre dos aspectos derivados del derecho de trabajar por cuenta ajena

El primero de ellos es el derecho “al” trabajo propiamente dicho. Aparentemente y en una primera impresión este derecho otorgaría la potestad de conseguir un trabajo o bien de exigir a una contratación laboral. Pero una interpretación adecuada a las libertades económicas que posee el eventual sujeto obligado (Estado o particulares) y ajustada a la esencia de un acuerdo en el cual concurren voluntariamente –sin perjuicio de sus especiales consideraciones tuitivas diversas- al menos dos contratantes, rechazaría tal posición.

Sí, en cambio, se debe interpretar que la cláusula constitucional argentina refiere a la **exigibilidad de acciones positivas o políticas públicas fomento y generación de empleo y formación de trabajadores.**

En este orden de afirmaciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto que el artículo 14 bis reconoce el derecho de trabajar, pero ello no significa asegurar un derechos subjetivo individual a que el Estado le proporcione un trabajo al habitante que lo solicite⁸¹².

Otra cuestión particular radica en la relación que se genera entre el Estado y sus trabajadores en cuanto a la **modalidad de selección del trabajador** en el empleo público. Sobre esto, Néstor Sagüés opina que “la facultad de seleccionar los agentes estatales tiende a no ser discrecional, sino reglada, es decir basada en concursos de capacitación objetivamente programado según la reglamentación del principio de idoneidad (art. 16 de la Constitución nacional). En tal caso, quien nombre debe designar al ganador en tales concursos”⁸¹³. En este orden de ideas, lo que se concibe es un “derecho al acceso del empleo público” una vez consolidado el proceso de selección del futuro trabajador público atendiendo el parámetro establecido en el citado artículo 16 de la norma suprema. En síntesis, el texto supremo argentino

⁸¹² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aranda, Oscar y Cuello Angel c/ Capitanía de Puertos del Litoral Fluvial” (DT 1993-B-1236) de 24 de noviembre de 1992.

⁸¹³ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 528. En la jurisprudencia, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Schnaiderman, Ernesto c./ Estado nacional” (Fallos 331:735) de 8 de abril de 2008.

reconoce una **pauta de idoneidad y no discriminación para el acceso al empleo público**, de la manera que más adelante explicaremos.

El segundo de los aspectos a analizar es el denominado “deber” de trabajar. Reviste amplio consenso la idea que el trabajo es una función económica-social. Seguidamente surge un interrogante ¿existe “deber” y por lo tanto una “obligación” de trabajar?

En la doctrina argentina se observan dos posiciones.

Algunos autores sostienen que atento a que el trabajo cumple una función social, no cabría concebir un derecho constitucional al no trabajo y por lo tanto ser objeto de algún tipo de sanción⁸¹⁴. Cabe aclarar que este temperamento no remite necesariamente al establecimiento de sanciones penales, sino otro tipo de persuasiones jurídicas.

Otros, por el contrario, sostienen la existencia del “derecho a no trabajar”, para aquella persona que no lo necesite⁸¹⁵.

Expuestas las diferentes posturas sobre esta temática, el ordenamiento constitucional argentino reconoce en materia de derecho individual del trabajo los siguientes derechos:

- **Derecho a las condiciones dignas y equitativas de labor**, es decir condiciones dignas para el ejercicio del trabajo en materia de higiene, salubridad, seguridad e indemnidad del trabajador.

En concreto, la actividad laboral no debe generar daños o perjuicios en la salud o calidad de vida del trabajador. La Constitución argentina remite a la normativa jerárquicamente inferior en cuanto al establecimiento de normas tuitivas del hábitat laboral o lugar del trabajo. La dignidad humana de la persona-trabajador entonces, no debe verse avasallada en las relaciones socioeconómicas laborales.

Por otra parte, el principio de equidad –en el sentido de justicia social- debe presidir las relaciones de empleo, como forma superadora de la igualdad formal, propia del constitucionalismo social de mediados de Siglo XX.

- **Derecho a la jornada limitada**, basada en la necesidad de reposo del trabajador, la cual remite a su regulación por parte del legislador. La norma aquí se distingue de experiencias comparadas que establecen expresamente en sus constituciones la duración máxima de la jornada de labor explicitada de manera numérica, como por ejemplo el artículo 123 de la Constitución de México que dispone en su inciso A, apartados 1 y 2 que “*La duración de la jornada máxima será de ocho horas. La jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas*”.

⁸¹⁴ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 529.

⁸¹⁵ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 478.

En el caso argentino, la cláusula constitucional no distingue entre el lapso de la duración limitada de la jornada laboral en sus diversas acepciones, es decir diaria, semanal, mensual o anual. Sin embargo y a raíz de la interpretación semántica del concepto de jornal –de jornada, conforme la literalidad del texto- (es decir, paga o remuneración instrumentada en forma diaria), es posible deducir que el espíritu del constituyente del año 1957 remitió a la limitación de la jornada diaria.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado criterios específicos en estos sentidos al momento de analizar la constitucionalidad de las horas extraordinarias⁸¹⁶, la duración de la jornada *tempus in itinere*⁸¹⁷, y el régimen de la jornada laboral y de descansos en actividades de transportes⁸¹⁸, entre otros aspectos.

Por otro lado, la amplitud de la cláusula de duración de la jornada limitada no impide que la normativa infraconstitucional permita una clasificación entre la extensión del tiempo de labor ordinario y extraordinario, discriminados a su vez por una mayor remuneración económica al trabajador en la segunda variante. Esto debido a que el texto constitucional argentino no le prohíbe al trabajador –si así lo desea- prestar tareas en horario extraordinario. Lo que persigue la norma es evitar que el empleador compela al trabajador a prestar tareas más allá del horario reglamentado.

- **Derecho al descanso y vacaciones pagados**, en donde el primer elemento se refiere al reposo diario y/o semanal, necesario para mantener indemne la salud del trabajador y posibilitar el desarrollo de su plan de vida extra laboral (ocio, recreación, esparcimiento, formación extra-laboral, disfrute de su vida familiar, entre otros), y el segundo representa la pausa interanual orientado a la misma finalidad.

Cabe destacar que la cláusula constitucional indica que ambos elementos deben ser obligatoriamente remunerados (“pagados”) por el empleador –sea público o privado-.

Ambos elementos se motivan en razón de la indemnidad de la salud del trabajador asalariado y su compatibilización con el esparcimiento.

Como indica Germán Bidart Campos, el descanso y las vacaciones pagas forman parte de otra limitación al trabajo continuo⁸¹⁹.

⁸¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lichieri, Tulio c./ Banco Alas Cooperativo Limitado” (Fallos 311:2437) de 29 de noviembre de 1988.

⁸¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Luna, Juan y otros c./ Cía Naviera Pérez Companc SACIMFA” (Fallos 312:1234) de 1 de agosto de 1989.

⁸¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Crucero del Norte SRL c./ Estado argentino” (Fallos 332:193) de 24 de febrero de 2009.

⁸¹⁹ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 490.

- **Derecho a la retribución justa y al salario mínimo vital y móvil**, que atiende al ingreso remunerativo que percibe el trabajador como contraprestación de la puesta a disposición (al empleador) de su fuerza de trabajo, y que esa misma retribución debe cubrir los gastos de mantenimiento del trabajador y de su familia (salario vital). Sintéticamente, la retribución justa como imperativo constitucional indica suficiencia del estipendio remunerativo para el acceso a las necesidades contemporáneas del trabajador y de su núcleo familiar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado este criterio en pos del principio constitucional de retribución “**justa**” en base a la índole, magnitud y dificultad de las tareas prestadas por el trabajador, las cuales deben ser retribuidas por el empleador⁸²⁰. También ha dicho que la determinación del monto que debe alcanzar el salario vital “*se encuentra comprendida en el ejercicio de facultades conferidas al Poder Ejecutivo para determinar la política económica y social, a las que corresponde reconocer una razonable amplitud de criterio en aras del bienestar general y en concordancia con los lineamientos generales que la inspiran...*”⁸²¹

Según Néstor Sagüés, el salario (la retribución) debe atender cuatro variables esenciales: i) la tarea prestada por el dependiente; ii) el producto de tal esfuerzo; iii) las necesidades del trabajador y de su familia; iv) el bien común⁸²². El contenido del concepto de “retribución justa” de relaciona a su vez con la idea de convenio colectivo de trabajo (entendido como norma), que más adelante será analizado.

El precepto constitucional argentino pauta expresamente una base salarial mínima. Nótese que dicha base mínima excede a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en aras de tutelar los derechos de la parte más débil de la relación laboral: el trabajador. Es decir, en este caso, la norma remite a una fuente del derecho ajena a la voluntad de los contratantes.

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto, aludiendo a la figura administrativa de “poder de policía” que “*toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo*”⁸²³.

Por otra parte, la **movilidad** del salario mínimo, como expresa caracterización constitucional, implica el mantenimiento de su valor en relación a otros bienes transables. Por lo cual, esa movilidad debe considerar —es decir, reajustar cuando sea socioeconómicamente

⁸²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bessolo, Leopoldo c./ Osa, Pedro”, de 20 de septiembre de 1967.

⁸²¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ulman, Miguel c./ V.A.S.A. s./ despido” (Fallos 306:1311) de 11 de septiembre de 1984.

⁸²² Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 533.

⁸²³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Práticco, Carmelo y otros c./ Basso y Cía” (Fallos 246:345) de 20 de mayo de 1960.

necesario- su capacidad adquisitiva de bienes y servicios esenciales para la vida del trabajador y de su familia en períodos inflacionarios de precios.

- **Derecho a la igual remuneración por igual tarea**, o prohibición de conductas discriminatorias o que formulen diferencias injustificadas entre trabajadores que repercutan en un distingo de la remuneración, en el caso que la tarea desempeñada sea la misma.

La cláusula constitucional toma uno de los múltiples factores susceptibles de diferenciación injustificada –la remuneración- y expresamente lo interdicta.

Sin bien la norma suprema reconoce una raíz histórica de igualación de género, es perfectamente aplicable al principio de no discriminación –que repercute en la remuneración o cualquier otro trato diferencial- en razón de la religión, raza, nacionalidad, edad, ideas o pensamientos políticos o gremiales, etcétera.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado que, sobre la igualdad de trato en “identidad de situaciones” que “*el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte debe justificarse en razones objetivas*”⁸²⁴.

Es de considerar la eventual ampliación de la restricción discriminatoria –o no igualdad- a todo vínculo emergente de las relaciones laborales. Así, con apoyo en el derecho de igualdad y no discriminación que surge del artículo 16 de la Constitución nacional antes citado y a modo de ejemplo, cabría aplicar análogamente el principio de igual beneficio laboral por igual tarea. De esta forma, el principio constitucional ampliado se plasma en que la **igual actividad laboral (igual tarea) debe repercutir en igual beneficio laboral**.

Por lo tanto, se encuentra jurídicamente restringida todo tipo de distinción que no se funde en criterios propios de la producción o de la tarea empeñada. En cambio, sí pueden considerarse ajustadas a la norma constitucional aquellas distinciones basadas en criterios justificada y razonablemente válidos. A modo de ejemplo, serían en principio válidas las diferencias salariales en razón de la jerarquía del cargo laboral, de la cantidad de tiempo o funciones en el trabajo, de la antigüedad contractual con el empleador, ente otras.

- **Derecho a la participación en las ganancias, en el control de la producción y colaboración en la dirección de las empresas**, encaminada a fijar algún grado de distribución de beneficios en la relación empleador-trabajador y a introducir la participación de este último en el control de la producción de los bienes y servicios y, genéricamente en la dirección de la empresa.

⁸²⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fernández, Estrella c./ Sanatorio Güemes S.A.” (Fallos 311:1602) de 23 de agosto de 1988.

Como se ha expuesto anteriormente, esta cláusula –junto a otras– forma parte del fundamento indirecto de la existencia de la libertad de emprendimiento económico o de empresa como un verdadero derecho subjetivo constitucional.

La noción del derecho del trabajo presupone la existencia de una relación de dependencia laboral entre dos partes: i) un sujeto que tiene la facultad de disponer de su libertad económica para llevar a cabo un emprendimiento (industrial, comercial o laboral autónomo o profesional) de producción de bienes y/o servicios, y, ii) otro que pone a disposición de éste su fuerza de trabajo –entendida como medio de producción– a cambio de una retribución económica.

La doctrina constitucional argentina se ha ocupado muy poco del análisis de este derecho, y la jurisprudencia menos aún, remitiendo a un aludido carácter programático y, por ende, a la necesidad de contar con una normativa que la funcionalice e instrumente. Sin embargo la íntima conexión en el aspecto productivo de la Constitución socioeconómica amerita destinarle una mayor atención.

Néstor Sagüés clasifica a esta cláusula como norma programática, e incluso inactiva e incluso derogada por vía consuetudinaria⁸²⁵. Carlos Fayt afirma que el precepto requiere “necesariamente para su cumplimiento una reglamentación”⁸²⁶.

Germán Bidart Campos en cambio, pretende extender el criterio de la democracia participativa en el sistema socioeconómico, ponderando una suscripción del trabajador en la ganancia empresarial, siempre que ello no comprometa negativamente el futuro de la situación patronal y laboral con un riesgo de ruina y desocupación. Alega así por un juicio de previsibilidad⁸²⁷.

Humberto Quiroga Lavié primeramente reconoce el carácter programático de la norma, y la asocia directamente con la información acerca de los niveles de producción de las empresas. Entiende que su aplicación beneficiaría a los trabajadores y al crecimiento de toda la economía⁸²⁸.

Expuestas las contadas apreciaciones doctrinarias que se observan sobre la materia, interesa formular algunas especificaciones.

Primeramente resulta importante aclarar que este derecho está llamado a ser complementario y respetuoso de los derechos de propiedad y libertad de empresa o de

⁸²⁵ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 536.

⁸²⁶ Fayt, Carlos; “Los derechos sociales en la Constitución nacional”, en Revista Jurídica La Ley, Tomo 2008-A-779, Buenos Aires, 2008

⁸²⁷ Bidart Campos, Germán; El orden socioeconómico en la Constitución, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999, Pág. 135. Ver también Alonso, Julio; “Análisis y opinión sobre el proyecto de ley del Régimen de Participación Laboral en las Ganancias de la Empresas”, en Revista Jurídica La Ley, Suplemento actualidad de 26 de octubre de 2010, Buenos Aires, 2010; Recalde, Leandro; “Sobre la participación de los trabajadores en la pérdidas de las empresas”, en Revista Jurídica La Ley, o de noviembre de 2010, Buenos Aires, 2010.

⁸²⁸ Quiroga Lavié, Humberto; Lecciones de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 232.

emprendimiento económico privado. Así las cosas, no se trata de excluir apriorísticamente derechos sin buscar su armonización, por demás difícil. Máxime cuando el trabajador –en virtud de su personal y de la fuerza de trabajo que provee- se encuentra amparado por otros derechos que no goza el resto de los factores de producción (capital y tierra), como por ejemplo la protección contra el despido arbitrario.

Participar, semánticamente, implica integrar, es decir formar parte de un todo. Desde algunas posturas se han distinguido grados o niveles de participación, entre los que se encuentran: i) información; ii) petición; iii) reclamo; iv) consulta; v) oposición; vi) veto; vii) codecisión⁸²⁹.

Aplicado al texto supremo argentino, el precepto reconoce y se subdivide en:

- **Participación del trabajador en las ganancias de las empresas**, es decir fijar una pauta salarial en razón de las utilidades netas del giro económico-contable de la empresa.
- **Participación del trabajador en el control de la producción**, o bien establecer un grado de intervención a los efectos del control del giro económico-productivo de la empresa.
- **Colaboración del trabajador en la dirección de las empresas**, lo que implica algún grado de incidencia del trabajador en la decisión del giro estratégico de la empresa.

La norma infraconstitucional está llamada entonces (por mandato constitucional) a reglamentar tales preceptos siempre que ello no obstaculice el funcionamiento del emprendimiento económico o desvirtúe esta libertad. Para la instrumentación concreta del precepto es posible distinguir entre sus múltiples variantes o tipologías empresariales.

A los efectos reglamentarios resultaría prudente considerar la dimensión del emprendimiento, los factores de producción invertidos en la empresa, el tipo de actividad, la situación del mercado del sector productivo o del servicio, entre otros elementos.

Por último, la normativa infraconstitucional debe atender la eventual diferencia que podría suscitarse entre el empleo privado (cuyo empleador es una empresa) y el empleo público (cuyo empleador el Estado) en razón del derecho a la igualdad y a la no discriminación –con apoyo en el artículo 16 de la Constitución nacional- a partir de participación en las ganancias, control y dirección que exige la aplicación de la cláusula constitucional. Esto debido a que el Estado no puede permitir participación en las “ganancias” ya que simplemente no las posee. Lo mismo podría afirmarse sobre el control de la producción y la colaboración en la dirección.

Alguna excepción podría pensarse en el eventual caso de la existencia de una relación de empleo público en empresas productivas del Estado. Esta excepción abriría aún más la brecha

⁸²⁹ Unzaga Domínguez, Guillermo; “La participación del personal en la administración de la empresa”, en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento actualidad, 16 de marzo de 2006, Buenos Aires, 2006.

del distinguo entre empleados públicos a los que sí se les aplicaría el precepto (empleados públicos en empresas productivas) y aquellos que no (resto de los empleados públicos).

Finalmente, podría argumentarse que la problemática de la imposibilidad de aplicación de esta cláusula en el marco del empleo público que no es económicamente productivo quedaría de alguna forma compensada con el derecho a la estabilidad que el trabajador público sí posee, tal como más adelante será expuesto.

- **Derecho a la protección contra el despido arbitrario**, o bien una previsión de mantenimiento de la relación laboral frente al poder decisorio de una de las partes (el empleador), en los casos que sea califique como irrazonable. Debe notarse que dicho mantenimiento contractual no remite, en principio, a la estabilidad absoluta de la relación de empleo sino una tutela frente a su eventual interrupción injusta.

La concepción de este derecho sociolaboral implica –como el resto- una limitación de una de las partes al ejercicio de las libertades económicas privadas de contratación de trabajadores. En este caso repercute en la restricción del poder decisorio aplicado a la finalización del vínculo laboral, interdictando su arbitrariedad (del despido por el empleador, pero no de la renuncia por parte del trabajador).

Sobre esto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *“en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a los intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador y ninguno de ellos debe ser descuidado por la leyes. Sin embargo, lo determinante es que desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela”*⁸³⁰.

También que *“...nada impide que el legislador determine expresamente las causas o situaciones que autoricen a segregar sin resarcimiento a un trabajador...Sin embargo, atendiendo a que las normas laborales deben asegurar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (artículo 14 nuevo de la Constitución nacional), no basta que la ley determine una causa específica para que, por esa sola razón, el distracto unilateral dispuesto por el empleador no revista aquél carácter. Vale decir que, cuestionada con base constitucional la norma de que se trate, corresponde a los jueces examinar su razonabilidad y la de la situación a que se refiere como eximente de la responsabilidad resarcitoria, a fin de establecer si la disposición atacada no burla la aludida garantía”*⁸³¹.

Como adelantamos anteriormente, esta cláusula del texto constitucional argentino no dispone la absoluta inamovilidad del trabajador en su puesto laboral (como sí lo hace respecto al empleo público, que seguidamente será explicado). Tampoco obligaría a la estabilidad en caso

⁸³⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (dictamen del Procurador) “Conti, Juan c./ Ford Motor Argentina s./ cobro de pesos” (Fallos 311:394) de 29 de marzo de 1988.

⁸³¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vizzoti, Carlos c./ AMSA S.A. s./ despido” (Fallos 327:3677) de 14 de septiembre de 2004. El subrayado es agregado.

de despidos justificados por causales previamente tipificadas, ya que aquello que la norma cercena es el despido “arbitrario”.

El texto supremo sí demanda que la norma infraconstitucional pauté su protección frente al arbitrio del empleador, la cual en general se instrumenta a partir del reconocimiento de rubros indemnizatorios al trabajador injustamente despedido. Esta protección suele ser denominada **estabilidad impropia** del trabajador privado y la jurisprudencia suprema ha expuesto abundantes argumentos en la línea de lo expuesto⁸³².

- **Derecho a la estabilidad del empleado público**, que supone el mantenimiento de la actividad laboral de los **agentes públicos** excluyendo la cesantía sin causa justificada y sin debido proceso. Consecuentemente, implica así una mejor posición del empleo público por sobre el privado en cuanto al mantenimiento de la relación laboral frente a su eventual interrupción.

Este derecho se complementa con el principio de la carrera administrativa estatal, autónoma de las decisiones coyunturales de los poderes políticos, en la búsqueda del profesionalismo de la gestión pública⁸³³.

Tal como se evidencia, este derecho constitucional requiere el establecimiento normativo de procedimientos administrativos o judiciales que determinen las causales de cesantía justificada y los cuales contengan las garantías de razonabilidad y debido proceso (artículos 28 y 18 de la Constitución argentina). Pero tal requisitoria no obsta a que por la fuerza normativa de la Constitución, en el caso de cercenarse la estabilidad del empleado público otorgue al afectado un derecho de reincorporación a su cargo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que *“la “estabilidad del empleado público” preceptuada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa, a juicio de esta Corte y dentro del contexto en cuestión, que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo...”*⁸³⁴.

Este principio fue sostenido –aunque muy discutidamente- aún en el caso que el servicio prestado por el agente *“dejen de ser necesario, ya sea por supresión del cargo por motivos de*

⁸³² Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Paluri, Henio c./ Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa S.A.” (Fallos 306:1964) de 13 de diciembre de 1984; “Vega, Humberto c./ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro” (Fallos 316:3104) de 16 de diciembre de 1993; “Zorzín, Víctor c./ Yacimiento Petrolíferos Fiscales S.A.” (Fallos 321:1696) de 11 de junio de 1998, entre otros.

⁸³³ Entre otros, Oszlak, Oscar; Teoría de la burocracia estatal: enfoques críticos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984; y del mismo autor “Burocracia estatal: política y políticas públicas”, en Revista POSTdata. Revista de reflexión y análisis político, Vol. XI, Buenos Aires, 2006; O’Donell, Guillermo; El Estado burocrático autoritario, Editorial Prometeo, Buenos Aires 2010 [1982]; Przeworski, Adam, Oszlak, Oscar y otros; Política y gestión pública, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.

⁸³⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Madorrán, Marta c./ Administración Nacional de Aduanas s./ reincorporación” (Fallos 330:1989) de 3 de mayo de 2007.

*economía o por otras causas igualmente razonables y justificadas*⁸³⁵ y también en las relaciones “encubiertas” de empleo⁸³⁶. Asimismo ha sido aplicado –aunque negando la posterior acción de reincorporación– en el caso de los empleados cuya categoría forma parte de la “contratación temporal” (en el caso, una locación de servicio mantenida durante un lapso de veintiún años)⁸³⁷.

Ahora bien, esta garantía constitucional opera generalmente en los casos en los cuales el empleado público ha sido ya cesanteado. Por lo tanto ¿cuál es la acción que le emerge al titular del derecho una vez cercenada tal estabilidad (sea por violación a la garantía del debido proceso o de razonabilidad)?

Las diferentes opciones posibles son las que a continuación se enumeran:

- Indemnización por violación al derecho constitucional de estabilidad del empleado público y consolidación de la interrupción del vínculo laboral;
- Reincorporación del empleado público desplazado a su puesto laboral.

La normativa infraconstitucional debe recoger alguna de esas (u otras) variantes permitiendo –o no– que el empleado público pueda optar la que prefiera.

Finalmente, es oportuno mencionar que esta garantía de estabilidad del empleado público excluye a determinados cargos de alto nivel –denominados “cargos políticos”– que se encuentran fuera de la carrera administrativa.

Cabe destacar que a partir de la reforma de la Constitución nacional del año 1994, el Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación –funcionario designado por el Presidente de la Nación– posee las facultades atribuidas por el artículo 100 de aquella norma. Esta dispone, en lo atinente al empleo público, que “*El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.*

Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde:

1. *Ejercer la administración general del país.*
3. *Efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente.”*

⁸³⁵ Entre otros, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Casier, Miguel c./ Corporación del Mercado Central de Buenos Aires s./ nulidad de acto administrativo” (Fallos 315:1336) de 23 de junio de 1992, especialmente los votos disidentes.

⁸³⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sánchez, Carlos c./ Auditoría General de la Nación s./ despido” (Fallos 333:335) de 6 de abril de 2010.

⁸³⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ramos, José c./ Estado nacional s./ indemnización por despido” (Fallos 333:311) de 6 de abril de 2010.

En fin, desde la dimensión orgánica del poder, este derecho expresamente consagrado por el constituyente argentino busca consagrar el principio de estabilidad, autonomía y carrera administrativa (profesionalismo) de la función pública.

- **Derecho individual a la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial**, es decir, el derecho de los trabajadores a constituir gremios o sindicatos, íntimamente vinculado con el derecho de asociación consagrado en el artículo 14 de la Constitución argentina. Debe aclararse que las figuras “gremio” y “sindicato” tienen sinonimia⁸³⁸.

El agregado a la cláusula que reconoce la libre sindicalización (o libre “agremiación”, en palabras añejas de la jurisprudencia argentina) rechaza todo tipo de organización gremial en la cual no se garantice la elección de autoridades de manera democrática⁸³⁹.

Por otra parte, limita los eventuales requisitos exigibles por el Estado a la simple inscripción registral de la entidad correspondiente.

La libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera y también la facultad de no afiliarse a ninguno, e incluso a desafilarse. Este precepto ha sido recogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por cuanto *“es incompatible con los derechos del trabajar y agremiarse libremente la exigencia del carnet sindical que otorga un solo sindicato para que los obreros puedan inscribirse en la Bolsa de Trabajo y obtener y conservar su empleo. La libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse a ninguno, y no puede admitirse como congruente con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho de trabajar queda supeditado a una filiación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras dure la ocupación”*⁸⁴⁰.

En cuanto a la relación entre el derecho a la libre asociación gremial y el principio democrático, la sentencia del máximo tribunal argentino “Asociación Trabajadores del Estado c./ Ministerio de Trabajo s./ Ley de Asociaciones sindicales” ha determinado que el “monopolio” de la representación gremial violenta el principio de la libre asociación sindical. En ese pronunciamiento ha expuesto que *“El precepto constitucional, en consecuencia, manda que el régimen jurídico que se establezca en la materia, antes de impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vales decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo*

⁸³⁸ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 547.

⁸³⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Juárez, Rubén y otro c./ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s./ acción de amparo” (Fallos 313:433) de 10 de abril de 1990.

⁸⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Outón, Carlos y otros” (Fallos 267:215) de 29 de marzo de 1967. El subrayado es agregado.

de sindicatos, que el propio universo laboral siquiera darse. Los términos “libre y democrática” que menta el art. 14 bis, no por su especificidad y autonomía, dejan de ser recíprocamente complementarios”⁸⁴¹.

En torno a la restricción de la normativa infraconstitucional que -en el caso, exigía que los delegados gremiales debían estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial, habiendo sido elegidos en comicios convocados por ésta-, el intérprete judicial ha dicho en el mismo asunto que *“La limitación mortifica dicha libertad, de manera tan patente como injustificada en sus dos vertientes. En primer lugar, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscripta. En segundo término, la libertad de estas últimas, al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas. En tal sentido, para ambos órdenes, corresponde reiterar que el monopolio cuestionado en la presente causa atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados. La restricción excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos...”*.

Posteriormente, el criterio que mediante el principio de “simple registración”, pluralidad gremial y democracia sindical ha sido ampliado jurisprudencialmente en relación con las garantías de actuación⁸⁴², derecho constitucional que más adelante será expuesto.

Corresponde a la normativa infraconstitucional la razonable reglamentación de los recaudos que modulen el concepto de “democracia sindical” a los efectos del reconocimiento de la asociación. A modo de ejemplo es posible mencionar cláusulas de periodicidad de mandatos gremiales, establecimiento de cupos mínimos de representación (mujeres, jóvenes, etcétera) o representación de las minorías internas en la disputa democrática de acceso a los cargos directivos.

Como se observa, el derecho reconocido en el texto argentino posee una dimensión individual (manifestada por el trabajador y su derecho de afiliarse o no afiliarse) y una dimensión colectiva (del gremio o representación sindical y su funcionamiento democrático).

⁸⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Asociación Trabajadores del Estado c./ Ministerio de Trabajo s./ Ley de Asociaciones sindicales” (Fallos 331:2449) de 11 de noviembre de 2008.

⁸⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Rossi, Adriana c./ Estado nacional s./ sumarísimo” (Fallos 332:2715) de 9 de diciembre de 2009.

Derechos constitucionales colectivos de los trabajadores

En el segundo párrafo del artículo 14 bis de la Constitución argentina se consignan los derechos colectivos de los trabajadores agrupados en entidades gremiales o sindicales.

En la doctrina argentina se lo denomina también derecho de las relaciones colectivas de trabajo. Entre los derechos reconocidos en la normativa suprema argentina se encuentran los siguientes:

- **Derecho a la organización sindical. Remisión.** Desde el punto de vista colectivo, es la facultad de asociarse y organizarse en gremios y sindicatos. Este derecho se conecta con el anteriormente explicado (derecho individual a la organización gremial y a la afiliación (o no afiliación), en relación al carácter democrático que exige la norma a los efectos de la personería gremial, el que a su vez se obtiene con la simple inscripción registral.

La Constitución argentina garantiza la libre organización de los sindicatos democráticos, por lo cual interdicta todo tipo de intervención estatal irrazonable y, por supuesto, la prohibición de agrupación sindical.

Como se observa, este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho individual a la organización sindical y al estudio anterior que hemos desarrollado nos remitimos.

- **Derecho a la concertación de convenios colectivos de trabajo**, o lo que es lo mismo, conferir a las entidades gremiales –y consecuentemente a la contratante empleadora o grupo de empleadores- competencia o “poder normativo”⁸⁴³ para la celebración de marcos contractuales de índole laboral.

Estos marcos normativos poseen contenido regulatorio, son homologables por el Estado y despliegan un alcance total (*erga omnes*) a las relaciones laborales del sector al cual representan. Esta definición implica que el derecho a concretar convenios colectivos de trabajos no se atribuye constitucionalmente al trabajador individualmente concebido, sino a los gremios colectivamente reconocidos.

El estudio pormenorizado de la relación jerárquica jurídica entre el convenio colectivo de trabajo –entendido como fuente del derecho- y el resto del ordenamiento excede el análisis del presente trabajo de tesis⁸⁴⁴. Sin embargo, resulta atinente indicar que conforme lo ha

⁸⁴³ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 522.

⁸⁴⁴ Para su análisis en la jurisprudencia argentina ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Nordenshtol, Gustavo c./ Subterráneos de Buenos Aires s./ despido” (Fallos 307:326) de 2 de abril de 1984; “Badano y Perazo S.C.” s./ recurso extraordinario” (Fallos 308:857) de 27 de mayo de 1986; “Soengas, Héctor y otros c./ Ferrocarriles Argentinos” (Fallos 313:664) de 7 de agosto de 1990 y

determinado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el convenio colectivo no es una ley -ya que “*el convenio colectivo debe sujetarse a la reglamentación impuesta por el legislador*”⁸⁴⁵-, sino una fuente del derecho autónoma y externamente pactada en cuanto a la “estatalidad”, característica que la adquiere al momento de su homologación por parte de las autoridades competentes.

La cláusula receptada en el artículo 14 bis de la norma suprema argentina entonces constitucionaliza el poder y producto normativo de la negociación y semidecisión de los gremios o sindicatos, complementados por la actividad de homologación estatal.

- **Derecho a recurrir a la conciliación y al arbitraje.** De la misma forma que lo anterior, el texto supremo argentino constitucionaliza los procedimientos de conciliación y arbitraje, entendidos como medios alternativos de solución de controversias ante eventuales conflictos individuales o colectivos laborales.

Estos mecanismos pacíficos para la resolución de las controversias laborales implican su instrumentación tanto de forma voluntaria como obligatoria, atento a la disposición que establezca el legislador. Esto último, como instancia previa al eventual conflicto judicial articulada por la normativa infraconstitucional⁸⁴⁶ y definido jurisprudencialmente como la instancia arbitral obligatoria instituida para dirimir conflictos colectivos laborales para poner término y resolver situaciones que afectan a las partes en pugna y comprometen la tranquilidad social⁸⁴⁷.

Justamente la norma constitucional persigue una preferencia por la armonización y solución pacífica de conflictos evitando la judicialización de la problemática política-sindical.

- **Derecho de huelga,** o la facultad colectiva de adoptar medidas legítimas de acción sindical. De su esencia surge que este derecho no requiere necesaria reglamentación, lo que no quita que no pueda ser fijada (por ejemplo, a los efectos de garantizar el funcionamiento de servicios mínimos).

Luis Ramírez Bosco diferencia el derecho de declarar la huelga (derecho sindical, con personería gremial), del derecho a hacer –o no hacer- huelga (derecho individual)⁸⁴⁸. Ambas variantes revisten jerarquía constitucional.

“Delmonte, Irma c./ Dirección General Impositiva s./ cobro de pesos” (Fallos 314:1471) de 19 de noviembre de 1991.

⁸⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cocchia, Jorge c./ Estado nacional y otro” (Fallos 316:2624) de 12 de febrero de 1993.

⁸⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Loma Negra C.I.A.S.A. c./ Provincia de Santiago del Estero y otro s./ amparo” (Fallos 330:1989) de 9 de junio de 1999.

⁸⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Hilanderías Olmos S.A. s/ laudo arbitral” (Fallos 301:962) de 30 de octubre de 1979.

⁸⁴⁸ Ramírez Bosco, Luis; Derecho de huelga, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, Pág. 41.

La medida requiere una instrumentación pacífica, libre de violencia y recoge los principios de solidaridad laboral. Durante el estado de sitio (mecanismo constitucional de emergencia pautado en el artículo 23 de la Constitución argentina, por el cual se suspenden la vigencia de ciertas garantías constitucionales), este derecho puede ser restringido, cuestión que queda siempre sujeta al control judicial de razonabilidad.

Como ya adelantamos, sin perjuicio que la norma constitucional no lo prevea, resulta razonable que la norma infraconstitucional reglamente el derecho de huelga. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que *“Los derechos constitucionales, como el de huelga, entre ellos (art. 14 bis de la Constitución nacional) no se afectan por la imposición de condiciones impuestas a su ejercicio, que guardan adecuada proporción con la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido: la correcta administración de justicia”*⁸⁴⁹

Sobre la posibilidad de concebir la **medida de fuerza patronal o “lock out”** y otorgarle jerarquía suprema, el texto argentino nada dice al respecto, por lo que se debe estar por su habilitación a tenor del principio de reserva y el reconocimiento de derechos implícitos encuadrados en los artículos 19 y 33 de la Constitución argentina, respectivamente. En esto –y como oportunamente destacamos- es de recordar que en el derecho comparado algunas constituciones prohíben la medida de fuerza patronal en forma expresa (el cierre patronal), como el caso del artículo 60 del texto supremo de Portugal.

- **Derechos de los representantes gremiales para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con el empleo**, o bien garantías de actuación o de tutela gremial de los representantes sindicales.

La Constitución argentina establece un mandato de protección de los representantes gremiales en atención a su función sindical. Sin embargo ello no implica –porque el texto supremo no lo equipara- la atribución a los representantes gremiales de fueros equiparables a los parlamentarios o inmunidad de expresión (artículo 68 de la Constitución argentina) o de arresto (artículo 69 de la misma norma).

La norma infraconstitucional está llamada a identificar y acuñar la figura de los “representantes sindicales” a quienes le es imputable esta tutela, como así también las garantías que se le han de atribuir.

La cláusula receptada en el artículo 14 bis de la Constitución argentina busca proteger la actividad gremial frente al poder del empleador en el marco de las relaciones colectivas de trabajo, en especial cuando aquella pretende la defensa de los derechos de los trabajadores.

⁸⁴⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cámaras Federales s./ Personal solicita el no descuento por haberes por paro” (Fallos 313:149) de 27 de febrero de 1990.

A tales efectos, una de las garantías reforzadas que la ley ordinaria puede recoger es la acción de reincorporación o reinstalación al puesto de trabajo del representante gremial. También puede asignar algún tipo de indemnización reforzada. En atención a la índole representativa de la función gremial, la primera de las opciones parecería ser la más ajustada al principio bajo estudio.

Este debate ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Alvarez, Maximiliano y otros c./ Cencosud S.A. s./ amparo” en el cual se puso en crisis la penalización impuesta por el empleador al trabajador a causa del despido de empleados que “de hecho” realizaban actividades de representación gremial (despido discriminatorio por su actividad sindical).

Con apreciaciones diferentes sobre la decisión escogida, el tribunal ha dicho en su composición mayoritaria que *“la reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (restitutio in integrum) de los daños irrogados, vgr., por un despido”*. Asimismo, ha expuesto que *“Que con arreglo a todo ello, sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación. A lo antes afirmado sobre la interpretación evolutiva y el principio pro homine, conviene agregar que las "leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción", y esta conclusión se impone, "con mayor fundamento", respecto de la Constitución Nacional que "tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”*.

En los fundamentos de la solución diferente (esta es, la indemnización agravada en lugar de la reinstalación) los votos de la disidencia judicial han expresado que *“esta Corte precisó que, tras la reforma que incorporó el art. 14 bis, la Constitución Nacional prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado en que se desarrolle la relación. En el primero de esos ámbitos la regla es la estabilidad, comúnmente denominada propia o absoluta, donde la cesantía solo tiene cabida ante la configuración de alguna causal expresamente prevista por la ley comprobada en el curso del pertinente sumario administrativo donde el interesado pueda ejercer su defensa. En cambio, en la esfera privada, rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una*

*indemnización. Como ya se dijo, el derecho vigente, con carácter temporal y de modo excepcional, confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio*⁸⁵⁰.

Como se puede observar, los criterios de atribución de la “protección de la representación gremial” deben articular los principios de representación democrática-gremial, la protección individual y colectiva de los trabajadores (representantes y representados) y el mantenimiento de la relación laboral frente al eventual arbitrio irrazonable del empleador.

Derechos constitucionales de la seguridad social. Su carácter irrenunciable e integral.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 14 bis de la Constitución argentina recoge los derechos de la seguridad social.

En una primera consideración, el texto le asigna a este bien jurídico protegido el carácter de **irrenunciable e integral**. Es decir, en términos jerárquicamente supremos se prevé la interdicción al desistimiento del beneficio de la previsión social y sus derivados, como así también se protege de forma amplia (y no parcial) la totalidad de las eventuales contingencias y necesidades sociales, incluso explorando el principio de progresividad en materia previsional, según lo tiene entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁵¹.

Los derechos expresamente reconocidos en el ordenamiento constitucional son los siguientes:

- **Derecho al seguro social obligatorio**, beneficio al cual la norma agrega que debe estar a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes⁸⁵².

Si bien aparentemente la norma establecería que el sistema de seguridad social ha de estar exclusivamente a cargo del Estado, lo concreto es que se han experimentado fórmulas de

⁸⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Alvarez, Maximiliano y otros c./ Cencosud S.A. s./ amparo” (Fallos 333:2306) de 7 de diciembre de 2010. Votos de la mayoría y de la disidencia. Los subrayados son agregados.

⁸⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Medina, Orlando y otro c./ Solar Servicios On Line Argentina y otro s./ interrupción de prescripción” (Fallos 331:250) de 26 de febrero de 2008.

⁸⁵² Sobre el principio de la no superposición de aportes, por ejemplo ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Spota, Alberto s/ se haga lugar a su renuncia como beneficiario de I.O.M.A.” (Fallos 300:836) de 25 de julio de 1978; “Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y otros c./ Provincia de Buenos Aires y otras s./ declarativa” (Fallos 312:418) de 30 de marzo de 1989 y “Mansilla, Manuel c./ Cía Azucarera Juan Terán Ingenio Santa Bárbara” (Fallos 304:415) de 30 de marzo de 1982.

traspaso a entidades públicas subnacionales⁸⁵³ e inclusive al sector privado sin que haya sido cuestionada judicialmente su constitucionalidad⁸⁵⁴.

Es de observar el carácter de obligatoriedad que impone la Constitución argentina en referencia al seguro social. Esta afiliación compulsiva o, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “incorporación solidaria a organismos de previsión y seguridad social”, si bien puede representar un sacrificio, “tiene la contrapartida de la oportuna prestación necesaria”. Por lo cual no resulta confiscatorio a entender de la jurisprudencia, siempre que se encuadre dentro de los cánones de la razonabilidad –en el caso jurisprudencial, el aporte del 20% de los honorarios profesionales-⁸⁵⁵ y no sea violatorio de la libertad de asociación.

- **Derecho a jubilaciones y pensiones móviles.** El instituto de la jubilación constituye un derecho socioeconómico previsional compuesto por un haber patrimonial que se abona a una persona -a causa de su retiro laboral- llegado a una determinada biológica.

Por su parte, la pensión, conforma un haber patrimonial derivado de los causahabientes de la persona con derecho a jubilación y también posee reconocimiento constitucional en el ordenamiento argentino.

Cabe destacar que ambos beneficios gozan de la garantía constitucional de **movilidad o mantenimiento del poder adquisitivo** y de la **proporcionalidad** entre el haber del período de actividad y el de pasividad⁸⁵⁶.

Todo esto se enmarca en el **principio de solidaridad** que preside el sistema de derechos fundamentales de la seguridad social.

Resulta oportuno destacar aquí la doble protección que posee este bien jurídico en el ordenamiento supremo argentino. Es decir, la proveniente de la dimensión interna y la externa del derecho.

En la primera, se encuentra plasmado en el artículo 14 bis de la Constitución argentina –reformada en el año 1957- al determinar que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social imponiendo al legislador la obligación de establecer “*jubilaciones y pensiones móviles*”. Otro tanto dispone el artículo 75 inciso 12 en cuanto a la legislación referida a los

⁸⁵³ Por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c./ Provincia de Catamarca s./ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Fallos 331:1262) de 20 de junio de 2008 y “Provincia de San Juan c./ A.F.I.P. s./ impugnación de deuda” (Fallos 330:1927) de 24 de abril de 2007.

⁸⁵⁴ No así desde la doctrina. Por ejemplo, Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 567.

⁸⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sánchez, Marcelino y otro c./ Caja Forense de la Provincia de Chaco s./ cobro de pesos por repetición de sumas abonadas” (Fallos 286:187) de 21 de agosto de 1973.

⁸⁵⁶ Entre tantas otros, sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Badaro, Adolfo c./ ANSeS s./ reajustes varios” (Fallos 330:4866) de 26 de noviembre de 2007 (comúnmente denominado “Badaro II”); “Badaro, Adolfo c./ ANSeS s./ reajustes varios” (Fallos 329:3089) de 8 de agosto de 2006 (ídem, “Badaro I”) y “Sánchez, María del Carmen c./ ANSeS s./ reajustes varios” (Fallos 328:1602) de 17 de mayo de 2005.

Códigos “*del Trabajo y Seguridad Social*”. Y el inciso 23 –reformado en 1994- a los efectos de garantizar los derechos fundamentales “*en particular respecto de..., los ancianos...*”.

La protección internacional del derecho de la seguridad social ha sido recogida y constitucionalizada –en 1994- en instrumentos internacionales jerarquizados por el artículo 75 inciso 22. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza el derecho a la seguridad social (artículo XVI) y sus deberes de cooperación (artículo XXXV). La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona como miembro de la sociedad a la seguridad social (artículo 24) seguros para la vejez (artículo 25). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fija en su artículo 9 el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. Sobre este último resulta oportuno destacar que, genéricamente, fija compromisos asumidos por los Estados parte para establecer “*hasta el máximo de los recursos de que disponga*” a los fines de **lograr progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales** (artículo 2 inciso 1) y el nivel de vida adecuado y disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (artículos 11 inciso 1 y 12 inciso 1).

Por su parte, el **principio constitucional de movilidad previsional** recogido en el texto supremo argentino atiende al mantenimiento de la capacidad adquisitiva del beneficio sustitutivo de la remuneración laboral, en este caso la jubilación (o pensión), frente al aumento sostenido de precios⁸⁵⁷.

Oportunamente hemos afirmado que la esencia jurídico-económica del término es la no afectación de la calidad de vida y de los intereses económicos del beneficiario que ha aportado parte de sus retribuciones al régimen previsional durante su actividad laboral. Esto resulta trascendental frente a un eventual proceso inflacionario que desgasta el poder adquisitivo de los haberes, por lo que un congelamiento de los beneficios que los afecte resultaría sobrevivientemente inconstitucional⁸⁵⁸.

Ahora bien, no existe un único sistema que garantice el principio constitucional de movilidad. En términos constitucionales, el legislador ordinario debe escoger uno de ellos conforme a decisiones y criterios jurídicos y económicos pero sin soslayar la relación entre el salario de la actividad y el beneficio de la clase pasiva por un lado, y la proporcionalidad ponderada entre aquella y su recaudación por el otro.

Se debe advertir que la eventual fijación de aumentos (ajustes) discrecionales por parte y a criterio de la administración no se adecua a la sistematización del principio de movilidad y al

⁸⁵⁷ Carnota, Walter; “Haber jubilatorio. 82% móvil”, en Revista Jurídica La Ley, edición de 13 de agosto de 2010, Buenos Aires, Pág. 1.

⁸⁵⁸ Cao, Christian; “Omisión constitucional de la seguridad social, haber jubilatorio móvil y veto presidencial” en Revista Jurídica La Ley, Tomo 2010-E- suplemento actualidad, Págs. 1 y 2, Buenos Aires, edición de 18 de noviembre de 2010. Publicado también bajo el mismo título en: Anales de legislación argentina, tomo LXXI-A-2010, Editorial La Ley, 2010.

escenario económico inflacionario. Esto es así debido a que aquellos ajustes dependen del arbitrio y la voluntad de cálculo que formule la autoridad administrativa conforme a sus propias pautas que fije resultando discrecional (y no sistemático). Considerar a la seguridad social como un derecho fundamental que requiere movilidad exige que su garantía no dependa del criterio y la voluntad individual de los gobernantes sino de normas infraconstitucionales de alcance general.

- **Derecho a la protección integral de la familia.** Este derecho se encuentra ligado íntimamente con los derechos civiles de casarse y de conformar una familia, aunque lo segundo no implique necesariamente la preexistencia de lo primero.

Después de la reforma de la Constitución argentina del año 1994, el artículo 75 inciso 23 dispone que corresponde al Congreso de la nación “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.*” (el subrayado es agregado).

La norma suprema persigue la cobertura social ante un eventual desamparo familiar y traza lineamientos constitucionales que el legislador ordinario debe observar, haciendo énfasis expreso en las situaciones particulares de: los niños –especialmente aquellos en situación de desamparo-, las mujeres –especialmente la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia-, los ancianos y las personas con discapacidad.

Si bien esta cláusula parece incurrir en una redundancia –respecto el carácter de integral de la seguridad social expuesta en la primera parte del artículo 14 bis de la Constitución nacional, arriba analizado-, lo concreto es que amplía su alcance tuitivo a la familia como garantía institucional. Por imperativo constitucional, el alcance de la seguridad social se irradia integralmente al beneficiario y a su familia.

Paralelamente, el régimen de protección integral de la familia se complementa con los derechos fundamentales acogidos en el texto argentino y que a continuación se desarrollan.

- **Derecho a la defensa del bien de familia,** entendido como el/los bien/es patrimoniales indispensables para la subsistencia de la familiar. Repercute especialmente en la protección del hogar sede familiar, pero la normativa infraconstitucional puede añadir otros efectos muebles.

La norma le otorga una protección especial, generalmente orientada a priorizar el derecho de propiedad de la familia frente a eventuales deudas que impliquen la pérdida de su titularidad

(mediante los mecanismos constitucionales anteriormente descriptos) y por ende el desamparo familiar.

Como en los derechos constitucionales de índole social anteriormente analizados, la razonabilidad de la regulación infraconstitucional le asigna el alcance de la tutela al bien en cuestión. En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que “*Si bien el instituto del bien de familia tiene respaldo mediato en el art. 14 bis de la Constitución nacional, su ejercicio está sujeto a la ley reglamentaria (art. 28 de la Constitución nacional)*”⁸⁵⁹.

No se ha observado frondosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que aborde de forma directa este precepto constitucional, aunque algunos pocos pronunciamientos de ese tribunal remiten al amparo de aquel bien frente a deudas contraídas⁸⁶⁰.

Esto resulta de importancia al momento de ponderar la protección del bien de familia con el derecho de propiedad de posibles acreedores, inclusive en los casos de juicios universales (concursos de acreedores o quiebra)⁸⁶¹.

Sin embargo y también jurisprudencialmente se ha declarado la “antifuncionalidad” jurídica de la pretensa oponibilidad de la garantía del bien de familia frente a acreedores en casos en los cuales el inmueble en cuestión –por su dimensión (350 metros cuadrados) y su ubicación (“zona importante de la Ciudad de Buenos Aires”)- “excede los fines previsto” por el precepto tuitivo social⁸⁶².

Finalmente se debe apuntar que la tutela del bien de familia puede ser extendida además, a partir de la decisión del legislador ordinario, a exenciones tributarias e incluso, como más adelante se explicará, a la accesibilidad a créditos especiales con destino a adquisición de viviendas.

- **Derecho a la compensación económica familiar**, entendidas como asignaciones familiares y traducidas en un aporte en dinero al beneficiario a cargo de familiares o convivientes.

Si bien originariamente fueron entendidas como aportes dinerarios en razón de sus cónyuges o parejas de hecho e hijos orientados al trabajador activo, los criterios actuales se expanden hacia la universalidad del beneficio o la asignación.

⁸⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pastrana Gómez, Gustavo s./ Quiebra” (Fallos 315:565) de 31 de marzo de 1992. El subrayado es agregado.

⁸⁶⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Abujall, José y Feu, Mario c./ García, Erika y otros s./ juicio ejecutivo (incidente de desafectación de bien de familia)” (Fallos 326:1864) de 11 de junio de 2003.

⁸⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Khanis, Pablo s./ Quiebre s./ incidente de verificación de crédito por Consorcio de Propietarios de la Calle Panamá 982/88” (Fallos 326:269) de 25 de febrero de 2003.

⁸⁶² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Magnasco de Bicchi, María y otro c./ Lavagnino, Tschirch de Magnasco, Angélica” (Fallos 310:1705) de 1 de septiembre de 1987.

Es un derecho subjetivo –como todos los preceptos constitucionales- aunque su apropiada instrumentación queda a cargo de la normativa infraconstitucional, en especial sobre el alcance y la extensión de la cobertura de dicha compensación familiar.

Sobre este derecho social constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto que *“En orden a lo que, dentro del ordenamiento constitucional puede llamarse salario vital mínimo, protección integral de la familia o compensación económica familiar, toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad de opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental”*⁸⁶³.

Cabe destacar que si bien estas compensaciones no encuentran literalmente la protección de la “movilidad”, su adecuada razonabilidad a un Estado social de derecho constitucional debe cubrir la satisfacción de las necesidades económicas de los **familiares y/o convivientes** del beneficiario, en cuanto al mantenimiento de su poder económico adquisitivo.

Desde la dimensión internacional del derecho se debe considerar que la Convención de los Derechos del Niño –de jerarquía constitucional a tenor de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la norma suprema argentina- recoge derechos de índole económicos orientados a los niños y niñas (hasta los 18 años de edad). Estos complementan y fundamentan el precepto recogido en el artículo 14 bis del texto argentino.

- **Derecho de acceso a una vivienda digna.** En el caso argentino, este derecho social constitucional a la accesibilidad de un hogar decente posee varias características normativas y a su vez axiológicas y sociales.

La primera de ellas es que el acceso a una vivienda digna **no implica necesariamente su adquisición en carácter de propiedad**. La norma suprema persigue garantizar el acceso a la habitabilidad de una vivienda en todas sus variantes (locación, uso y habitación, usufructo y además de la eventual propiedad). Esto se diferencia del artículo 65, inciso 3 de la Constitución de Portugal que fomenta la adopción de políticas de locación y *“acceso a la propiedad de la vivienda”* o, con la incorporación de la figura del crédito, el artículo 47 de la Constitución italiana que busca favorecer *“el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda”*.

⁸⁶³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Roldán, José c./ Borrás, Antonio s./ salario familiar” (Fallos 250:46) de 16 de junio de 1961.

Por otro lado, la norma argentina sí destaca el concepto de “dignidad” –en cuanto a comodidades mínimas, intimidad, seguridad, entre otros factores- que la vivienda debe revestir como objeto del derecho.

El derecho constitucional al acceso a la vivienda digna es entonces de textura amplia, que otorga a los poderes públicos facultades para el diseño de políticas públicas de acceso a la vivienda, como por ejemplo, i) estímulo a la construcción de viviendas privadas orientadas al alquiler, ii) fomento de créditos para la adquisición de tierra y la construcción, iii) diseño de construcción de viviendas por parte del Estado para su venta o locación, iv) facilitación de créditos hipotecarios para la adquisición o construcción por parte del interesado, entre otros.

En la doctrina, Gerardo Pisarello agrega que, desde la dimensión internacional del derecho, la Observación general n° 4 del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en Argentina posee jerarquía constitucional en los términos de su artículo 75 inciso 22 en razón del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han trazado componentes invariables del derecho.

Entre ellos se destacan: i) seguridad jurídica de la tenencia de la vivienda, ii) disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras, iii) accesibilidad económica, iv) habitabilidad, v) lugar adecuado, vi) adecuación cultural⁸⁶⁴. Por su parte, la Observación general n° 4 emanada por el mismo órgano internacional ha establecido que los desalojos forzosos violentan *prima facie* el derecho a una vivienda digna cuando, por ejemplo al efectuar el lanzamiento de las personas del lugar que ocupan no se les ofrecen los medios apropiados de protección legal, notificación previa, presencia de funcionarios durante el acto, entre otras pautas.

El resto de la doctrina y la jurisprudencia no ha abordado acabadamente la temática. Sobre la segunda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto, en sus pocos pronunciamientos sobre la cuestión, en relación del Fondo Nacional de la Vivienda (partida económica nacional destinada al fomento de la construcción de viviendas sociales) que entendía “establecer un sistema nacional de apoyo a la vivienda, que por sus característica importa la satisfacción de los fines propios de la seguridad social”⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ Pisarello, Gerardo; Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción, Editorial Icaria, Barcelona, 2003, Pág. 66.

⁸⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sociedad Militar “Seguro de Vida” – Institución Mutualista c./ Estado nacional s./ juicio de conocimiento” (Fallos 320:760) de 6 de mayo de 1997. También “Provincia de Buenos Aires c./ Dirección Nacional de Recaudación Previsional” (Fallos 305:1888) de 8 de noviembre de 1983.

D) Tercera especie: Resto de los derechos sociales y culturales.

1) Derechos de los usuarios y consumidores.

El ordenamiento constitucional argentino recoge derechos de incidencia colectiva referentes a intereses jurídicos individuales homogéneos. Uno de esos valores tutelados es atribuido por la norma a los consumidores y usuarios de servicios públicos, en el marco de ciertas relaciones especiales de protección.

El artículo 42 de la Constitución argentina dispone lo siguiente:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

La cláusula constitucional considera una relación especial emergente del intercambio de bienes y servicios en el marco de la Constitución socioeconómica: la relación de consumo. Es decir, protege ciertos derechos derivados del uso o disposición final que se le destina al objeto del mencionado intercambio.

A tal relación de consumo, el texto supremo le atribuye un nivel de tutela especial y preferente. Algunas veces se apoya en el **resguardo del titular del derecho** -usuario o consumidor-, en general, individualmente considerado (por ejemplo, en los casos de la protección de la salud, los intereses económicos o la libertad de elección, entre otros). En otras, el alcance tuitivo descansa directamente en **el vínculo** que se genera entre el usuario o consumidor –constitucionalmente protegido- y el proveedor, repercutiendo indirectamente en una mayor oferta para el primero (por ejemplo, en la defensa de la competencia y la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etcétera).

A su vez, estos derechos de jerarquía constitucional pueden ser vistos desde tres perspectivas en materia de legitimación procesal. Esta clasificación ha sido delimitada y utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁶⁶.

La primera de ellas corresponde a los clásicos derechos subjetivos individuales, ejercitables por un titular, aunque existan numerosas personas involucradas. En estas eventualidades se presenta un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular.

La segunda especie comprende los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, ejercitables según la Constitución argentina por el afectado, las asociaciones que concentran un interés colectivo y el Defensor del Pueblo de la nación (artículo 43 de la Constitución nacional). En estos casos la petición tiene por objeto –y allí debe ser enfocada la pretensión- la tutela de un bien colectivo, es decir, de toda la comunidad, siendo indivisible y sin exclusión. No existe aquí un derecho de apropiación individual sobre el bien jurídico protegido, sino que pertenecen a la esfera social.

Finalmente, la tercera de la clasificación corresponde a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. A partir de un hecho único o continuado (causa homogénea), provoca cercenamientos a derechos individuales comunes (derechos subjetivos), como por ejemplo las afectaciones a los derechos de las personas en su carácter de usuarios y consumidores.

A partir de la creación pretoriana de esta tercera categoría, la homogeneidad fáctica y normativa de la eventual afectación de un derecho de los usuarios y consumidores ha conducido a la interpretación sobre la razonabilidad de la realización de un sólo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada. Consecuentemente, y en lo que a la temática del presente trabajo de tesis interesa, la jurisprudencia ha ampliado la base protectoria de los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores **otorgándoles fuerza normativa y plena operatividad**, aunque no encuentren una norma infraconstitucional que los regule u instrumente.

a) Desarrollo histórico y su relación con la Constitución socioeconómica (con énfasis en los derechos económicos).

El texto de la Constitución histórica de 1853, consecuente con la ideología imperante en su época, no contenía pautas de protección a los consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos.

Posteriormente, el constitucionalismo social –plasmado en la reforma de la ley fundamental, en un primer momento en el año 1949, y posteriormente en 1957- añadió derechos a un

⁸⁶⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Halabi, Ernesto c./ Poder Ejecutivo s./ amparo – ley 26.873” (Fallos 332:111) de 24 de febrero de 2009.

colectivo que desde hacía décadas había problematizado sus demandas jurídico-sociales: los trabajadores individual y colectivamente considerados. Empero, las relaciones de consumo y uso de bienes y servicios no habían hallado una madurez tal para que el constituyente argentino se avoque a su tratamiento.

A partir de ahí, si bien la normativa infraconstitucional había receptuado institutos de protección jurídica en el marco de las relaciones de consumo, dichas pautas no se encontraban consagradas constitucionalmente. No obstante, los procesos socio-económicos de liberalización del comercio –plasmados en los fenómenos de globalización o mundialización e integración regional- se aceleraban hacia una vorágine de consumo sin precedentes.

Como consecuencia de ello, las relaciones de intercambios de bienes y servicios (relaciones económicas horizontales) perfilaban un nuevo esquema de disparidad entre las partes contratantes, de la misma manera que en su tiempo -y durante mucho tiempo-, lo experimentaron los trabajadores y empleadores al momento de la celebración y el desarrollo de la relación de empleo.

La aceleración de la producción de bienes de consumo y la provisión de servicios cada vez más indispensables para la satisfacción de las necesidades sociales, principalmente en las grandes metrópolis, comenzó a evidenciar injusticias en los términos de aquellos intercambios.

Injustas en el siguiente sentido. Desde una aproximación evaluativa, el antagonismo entre la capacidad de información y negociación de los usuarios y consumidores de bienes y servicios frente a sus proveedores, ubican a los primeros en una situación de debilidad frente a los segundos, en términos de poder económico-jurídico.

Justamente, en la doctrina argentina, Ricardo Lorenzetti afirma que el derecho del consumidor es una manifestación del principio constitucional de protección de la parte débil⁸⁶⁷. Agregamos que a partir de la constitucionalización de los instrumentos internacionales de derechos humanos a partir de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 –después de la reforma constitucional de 1994- este principio se vincula con el *favor debilis* recogido en el derecho internacional de los derechos humanos.

En el caso argentino, la reforma de la Constitución de 1994 fue el momento histórico en el cual la importancia de la persona y la satisfacción de ciertas necesidades cotidianas de consumo han sido atendidas por el derecho. Así, el artículo 42 de la norma suprema recoge derechos, principios y directrices o mandatos al legislador en pos de tutelar los derechos de los consumidores y usuarios.

Este atributo, a su vez recupera –y perfecciona- el doble *standard* jurídico protectorio, por cuanto reconoce derechos personales, por un lado, y colectivos o de incidencia colectiva, por el otro.

⁸⁶⁷ Lorenzetti, Ricardo; Consumidores, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, Pág. 9

¿Cuál es la relación de los derechos eminentemente económicos (particularmente el derecho de propiedad y la libertad de empresa) con los derechos de las personas en la relación de consumo?

A partir de esta complementariedad, el derecho de propiedad y la libertad de empresa conducen a una economía libre y competitiva en los términos de intercambios, pero modulada por aspectos sociales actualmente constitucionalizados, entre ellos el derecho que tienen las personas en ocasión de consumidores de bienes y servicios.

Uno de los aspectos es la concepción de los derechos de los usuarios y consumidores –que integran el espectro de los contenidos en la Constitución socioeconómica- entendidos es su **perfil limitativo del ejercicio del derecho de propiedad y libertad de empresa**.

Incluso, desde las posturas menos permeables a este pleno reconocimiento se ha dicho que las facultades que se les otorgan a los consumidores y usuarios, ya sea a título individual o a las organizaciones que los congreguen, en modo alguno significan una participación de ellas ni un control sobre el proceso productivo de los bienes o generador de los servicios, “sino sobre su resultado y la forma en que son ofrecidos al público consumidor”⁸⁶⁸.

b) Derechos reconocidos. Especificaciones y contenidos.

El artículo 42 de la Constitución argentina reconoce expresamente los derechos fundamentales (individuales y colectivos), principios protectores y directrices (o mandatos al legislador) atribuidos a los usuarios y consumidores que seguidamente se transcriben.

A su vez, éstos se encuadran y clasifican en derechos individuales y colectivos del consumo.

Derechos constitucionales individuales de los usuarios y consumidores

En primer lugar los consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos poseen, siempre considerando la relación de consumo, los derechos individuales –generalmente de carácter homogéneo⁸⁶⁹- que a continuación se desarrollan.

Previamente, es de recordar que la “**relación de consumo**” que señaló el constituyente argentino debe enmarcar el vínculo entre usuario o consumidor y proveedor, a los efectos de la atribución de la tutela de los bienes jurídicos.

⁸⁶⁸ Badeni, Gregorio; Tratado de derecho constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires, Tomo I, Pág. 603.

⁸⁶⁹ Rosales Cuello, Ramiro; “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, en Revista Jurídica La Ley, 23 de marzo de 2009, Buenos Aires, 2009.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien no ha perfeccionado acabadamente aquel concepto, lo ha debatido por ejemplo en relación al derecho a la seguridad en el contrato de “peaje”⁸⁷⁰ (al evaluar si constituye una relación de consumo) o en ocasión de la celebración de espectáculos deportivos (aún sin ser el sujeto afectado un espectador-consumidor/usuario)⁸⁷¹, entre otros.

- **Derecho a la protección de la salud.** Derecho vinculado a la indemnidad psicofísica de los sujetos protegidos en el marco de las relaciones de consumo.

Consecuentemente, los bienes y servicios ofrecidos en el mercado de intercambios destinados al usuario y consumidor final deben gozar –a causa del imperativo constitucional- de inocuidad para la salud, o a la integridad física y mental. También deben asegurar la ausencia del riesgo de afectación al bien protegido.

En este orden de ideas debe observarse el aspecto preventivo de posee el alcance de la tutela a la salud del usuario y el consumidor en virtud de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución argentina, que más adelante será desarrollado.

- **Derecho a la protección de la seguridad.** Esto implica que los bienes y servicios suministrados a los sujetos amparados por la Constitución argentina (artículo 42) no deben –en razón del mandato supremo- afectar la seguridad pública (derecho al disfrute en paz y tranquilidad) y jurídica (previsibilidad de las acciones), tanto individual como colectiva. A modo de ejemplo es posible enumerar, sea de manera directa o indirectamente, la interdicción a la violación a la intimidad o al daño a la imagen, entre otros.

De la misma forma que lo anterior, es preciso destacar el alcance preventivo que posee la tutela a la seguridad del usuario y el consumidor en relación a lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución argentina.

- **Derecho de la protección de los intereses económicos.** Este precepto impone una posición de resguardo que pretende tutelar el patrimonio del sujeto protegido (usuario-consumidor) frente a las relaciones contractuales de provisión de bienes o servicios.

La normativa constitucional busca mantener incólume el interés patrimonial del sujeto activo. Esto necesariamente requiere un desarrollo legislativo posterior orientado a la eficiencia

⁸⁷⁰ Primeramente rechazando la existencia de una “relación de consumo” y luego aceptándola. Respectivamente, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Colavita, Salador y otro c./ Provincia de Buenos Aires y otros s./ daños y perjuicios” (Fallos 323:318) de 7 de marzo de 2000 y sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ferreira, Víctor y otro c./ V.I.C.O.V. S.A. s./ daños y perjuicios” (Fallos 329:646) de 21 de marzo de 2006.

⁸⁷¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mosca, Hugo c./ Asociación del Fútbol Argentino, Provincia de Buenos Aires y Club Atlético Lanús s./ daños y perjuicios” (Fallos 330:653) de 6 de marzo de 2007.

en el control de la calidad de los bienes y servicios, como así también la construcción de un sistema de compensación pecuniaria en materia de reparación de eventuales daños.

Adecuadas regulaciones preventivas y mecanismos ágiles de tutela constituyen ejemplos de intervenciones públicas emplazadas hacia la protección de los intereses económicos de los usuarios y consumidores, en los términos que la Constitución argentina indica.

- **Derecho a la información veraz y adecuada.** La obligación del proveedor de bienes y servicios de informar los datos esenciales de la relación de consumo que la normativa determine de manera cierta, clara y con adecuación a la realidad funda el precepto constitucional. La cláusula interdicta toda práctica abusiva o de publicidad inductiva o engañosa, sea por ocultamiento o falseamiento.

La normativa infraconstitucional que se derive de la reglamentación del artículo 42 de la Constitución argentina podrá, sin embargo, excepcionar la difusión de aquella información que no sea imprescindible o inadecuada para los intereses del consumidor. De igual manera aquella información deberá prestar particular atención en los bienes y servicios que, por su complejidad, requieran difundir características, contenidos o compuestos especiales, como por ejemplo productos reconstituidos o aquellos que su consumo tenga como destino (directa o indirectamente) modificar aspectos de la salud.

Por último y señalando una diferencia sustancial, como recuerda Marcela Basterra, la publicidad permite cierto grado de subjetividad a los efectos de la captación de destinatarios, mientras que la información –particularmente el derecho de acceso a la información- remite a la objetividad de lo que se debe transmitir⁸⁷².

- **Derecho a la libertad de elección.** Este derecho comprende la potestad de contar con un espectro de ofertas en un ámbito de competencia leal y efectivo, sea erradicando o regulando –según la tecnología o la infraestructura lo permita-, **pero en todos los casos controlando**, las prácticas monopólicas, oligopólicas y los acuerdos de prácticas anticompetitivas que amenacen el derecho⁸⁷³.

En esto, cabe mencionar que desde la dimensión internacional del derecho, las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (1985) señalan a los Estados parte la necesidad de garantizar: a) la protección efectiva contra prácticas que puedan perjudicar la posibilidad de acceder a los mercados (artículo 13); b) la competencia leal y efectiva (artículo 17); que las medidas de protección al consumidor se extiendan a la totalidad de la población (artículo 4).

⁸⁷² Basterra, Marcela; El derecho fundamental de acceso a la información pública, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, Pág. 58.

⁸⁷³ Tambussi, Carlos; El consumo como derecho humano, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, Pág. 89.

Todo tipo de conducta pública o privada que restrinja la capacidad de elección del destinatario de bienes o servicios atenta contra este derecho constitucional. Las normas regulatorias deben, por lo tanto, garantizar la mayor amplitud en el espectro de ofertas como así también en la libre capacidad de opción por parte de los interesados.

- **Derecho a las condiciones de trato equitativo y digno.** La norma constitucional argentina prohíbe genéricamente la discriminación por cualquier motivo (artículo 16 de la Constitución argentina). Paralelamente y en el marco de las relaciones de consumo mantiene la inviolabilidad de ese derecho, tal como indica Gabriel Stiglitz “sin menoscabo de los atributos esenciales del consumidor como ser humano, que aparecen afectados no sólo en razón de tratos discriminatorios o arbitrarios por parte de los empresarios, sino también cuando el aprovechamiento importa menoscabar las pretensiones de dignidad y equidad del público”⁸⁷⁴.

Esta recepción constituye entonces, una especificación del derecho genérico de no discriminación en las relaciones jurídicas horizontales y verticales.

Derechos constitucionales colectivos de los usuarios y consumidores

En segundo lugar y en su consideración colectiva, los consumidores y usuarios agrupados o universalmente considerados poseen los siguientes derechos constitucionales:

- **Derecho a asociarse en defensa de sus intereses.** El derecho de asociación en defensa de los intereses de los usuarios y consumidores refuerza la previsión que la Constitución histórica –desde el año 1853- recogía en forma genérica en su artículo 14. Sin embargo, la concepción de los usuarios y consumidores agrupados de forma colectiva obliga –contemporáneamente- a repensar y ampliar los alcances de la tutela constitucional en diversas proyecciones, en especial respecto a las herramientas jurídicas que el ordenamiento les debe dotar.

Siguiendo a Ricardo Lorenzetti, el paradigma colectivo pone acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos cuyas características son la indivisibilidad de los beneficios, un uso común sustentable, la no exclusión de los beneficiarios, la legitimación difusa o colectiva y su ubicación en la esfera social, entre otros⁸⁷⁵.

Los derechos subjetivos y los derechos colectivos son categorías normativas con distintas características. Como lo expresa Andrés Gil Domínguez, ambos persiguen el mismo fin de dotar

⁸⁷⁴ Stiglitz, Gabriel; Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios, Editorial Juris, Rosario, 1997, Pág. 25.

⁸⁷⁵ Lorenzetti, Ricardo; Razonamiento judicial. Fundamentos de derecho privado, Editorial Grijley, Lima, 2006, Pág. 363.

a la persona de identidad normativa y simbólica frente al Estado y los demás articulares. Además los derechos colectivos presentan una estructura propia que permite proyectar nuevas formas de responsabilidad, reparación⁸⁷⁶ y legitimación procesal.

Sobre esto último, y como anteriormente ha sido descrito, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delimitado tres categorías de derechos: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, asignándoles a cada una configuraciones típicas diferentes. Sintetizando, el reconocimiento de este derecho de asociación implica, en su dimensión individual, el derecho de todo usuario y consumidor a **constituir o adherirse a una entidad en defensa de sus intereses**. Colectivamente comprende el derecho de ese colectivo asociativo emergente a defender los valores que propende y fomenta.

- **Derecho a participar colectivamente en los organismos de control de los servicios públicos.** La participación de los usuarios en los organismos de control de los servicios públicos implica la intervención en la toma de decisiones -con carácter vinculante- en los entes o agencias reguladoras de tales bienes públicos.

Los constituyentes del año 1994 no han acotado la participación colectiva de las entidades amalgamadas en defensa de sus intereses, sino que les atribuyeron la facultad de interactuar efectivamente en los organismos de control de los servicios públicos.

Karina Cicero sostiene que a partir de las conclusiones del debate constituyente del año 1994, la participación de los usuarios en los organismos de control debe ser plena⁸⁷⁷. Empero sobre esto se han alzado posturas que recortan tal participación a la citación en los procedimientos (audiencias públicas)⁸⁷⁸ o limitadas actuaciones consultivas⁸⁷⁹ o de control y no a la regulación⁸⁸⁰.

La normativa infraconstitucional debe establecer el alcance de dicha participación de carácter vinculante, conforme al mandato constitucional expuesto. El eventual desconocimiento del poder decisorio por parte del colectivo implica el incumplimiento del mandato supremo.

- **Derecho al acceso a la tutela judicial efectiva “expedita y rápida” en lo relativo a los derechos que protegen.** Este derecho no se encuentra recogido en el artículo 42 de la

⁸⁷⁶ Gil Domínguez, Andrés; Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, Pág. 243.

⁸⁷⁷ Cicero, Karina; Servicios públicos. Control y protección, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, Pág. 107.

⁸⁷⁸ Sarmiento García, José; Concesión de servicios públicos, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, Pág. 148.

⁸⁷⁹ Cincunegui, Juan; “La regulación pública. Los derechos de los usuarios de servicios públicos”, Revista de Administración Pública, n° 193, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, Págs. 25 a 58

⁸⁸⁰ Nallar, Daniel, El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999; Pág. 151.

Constitución argentina, sino en el artículo 43 de la norma suprema. En su parte pertinente establece que “...*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...*” (el subrayado es agregado).

A partir de la reforma del año 1994, expresamente se reconoce la legitimación para requerir la tutela judicial preferente en cuanto a celeridad a las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios públicos. Esto se suma y complementa el **derecho de peticionar a las autoridades** que ya se encontraba consagrado en la Constitución histórica del año 1853 en su artículo 14.

De esta manera, el usuario y consumidor –como todo sujeto individual o colectivo, según el caso- posee el derecho a una tutela judicial rápida y efectiva (derecho a obtener un célere pronunciamiento judicial).

En materia de defensa de los usuarios y consumidores -y en oportunidades anteriores- hemos afirmado que “las acciones judiciales para la defensa de los usuarios y consumidores se presentan como nuevas transformaciones procesales orientadas a una mayor y mejor protección de sus intereses en el marco de las relaciones contemporáneas”⁸⁸¹.

Este derecho implica la necesaria obtención de un pronunciamiento judicial en materia de las relaciones de consumo. El pronunciamiento señalado, además, demanda las siguientes características: i) razonable, en cuanto a su sustancia; ii) ajustado a derecho, atendiendo las reglas del debido proceso; iii) célere y expedito, conforme a las necesidades del caso.

c) Principios y lineamientos constitucionales. La relación de consumo.

Del texto constitucional argentino surgen una serie de principios y lineamientos orientados a la legislación relativa a los derechos de los consumidores y usuarios. Algunos de ellos han sido recogidos de la literatura jurídica comparada. La identificación de los primeros surge como consecuencia de interpretar los valores que informan a un sector de la disciplina, en este caso aplicable al derecho de las personas en la relación de consumo.

Consecuentemente, los principios que surgen de la interpretación constitucional argentina en el tema son los siguientes:

⁸⁸¹ Cao, Christian; “Acciones judiciales para la defensa de los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores”, en Slavin, Pablo (coordinador); Memorias de las IX Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Editorial Suárez, Mar del Plata, 2009, Pág. 73

- **principio de acceso al consumo**, por cuanto la norma constitucional considerada íntegramente se orienta hacia la satisfacción de las necesidades básicas de las personas o, en otras palabras, la procura existencial.

Por mandato constitucional, este principio implica la posibilidad allanada de lograr consumir los bienes y servicios esenciales, cuestión que involucra a la totalidad de la sociedad.

A tales efectos la norma suprema argentina busca reducir y eliminar las barreras normativas y empíricas que eventualmente pudieran obstaculizar el acceso al consumo. Por ejemplo es posible mencionar la adecuación de las infraestructuras de distribución de bienes y servicios, el acceso a la información adecuada y el establecimiento de facilidades crediticias e impositivas para la obtención de bienes y servicios esenciales para la procura existencial.

- **principio *favor debilis***, en razón de la posición de mayor vulnerabilidad (impacto que tiene sobre la relación jurídica, muchas veces en términos dinámicos) en que se encuentra una de las partes de la contratación: el usuario y/o consumidor.

Este principio está orientado a lograr varios factores: a) acotar la asimetría en el manejo de la información y fomentar la educación para el consumo sustentable; b) lograr el consentimiento pleno en la relación jurídico-económico y propender a la igualdad de oportunidades en el acceso al consumo; c) atender las externalidades desde la organización del Estado social de derecho constitucional (protección del ambiente, lucha contra la pobreza y la marginación, eliminación de la discriminación en todas sus formas, entre otras); d) ponderar y considerar las fallas del mercado (prestador o proveedor de bienes y servicios en grado de monopolio u oligopolio).

La ponderación de los desequilibrios de las partes en las relaciones de consumo y la búsqueda de sus atenuaciones forma parte del Estado constitucional de derecho contemporáneo y sus implicancias, en torno a la valoración de la persona y sus derechos.

- **principio de trato no discriminatorio**, entendido como principio *prima facie*, por lo que en este caso el constituyente argentino no ha acercado justificaciones para un tratamiento desigual entre distintos usuarios y consumidores y/o diferentes bienes o servicios (como podría haber sido, por ejemplo, acciones positivas para la mayor protección de usuarios de determinados servicios). Esto sin perjuicio que el legislador las pueda llegar a formular *a posteriori*, siempre en el marco de la razonabilidad estipulada en el artículo 28 de la norma suprema.

El principio de trato no discriminatorio implica la igualdad de consideración para los sujetos comprendidos en la norma, pero a la vez la observación de las disparidades de las distintas partes (usuarios y/o consumidores versus proveedores) al momento de la toma de decisiones.

- **principio de lealtad comercial y de competencia** en la oferta de bienes y servicios, apoyados en el modelo de economía de mercado (fundamento en los artículos 14, 17, 42 y 75 incisos 1, 2, 6, 11, 18 y 19 de la Constitución argentina, entre tantas otras) con intervención estatal a los efectos de garantizar los derechos fundamentales. Esto mediante el establecimiento de regulaciones públicas en la producción y distribución de los bienes de consumo, su ámbito de desenvolvimiento y método jurídico de transmisión y límites.

La lealtad comercial y la defensa de la competencia son mecanismos jurídicos de intervención pública en las relaciones económicas orientados a abrir y ampliar la oferta de bienes y servicios públicos y a minimizar y evitar las imperfecciones de los mercados atendiendo especialmente a sus externalidades.

Las reglas que orientan el funcionamiento del mercado de intercambios de bienes y servicios (para que no quede librado a los estrictos términos de oferta y demanda) tienden a asegurar la competitividad leal, abierta y transparente.

Como apunta Germán Bidart Campos, la norma infraconstitucional ajustada al texto supremo apunta a eliminar las prácticas restrictivas, el uso abusivo de las posiciones dominantes, los falseamientos y distorsiones con incidencia negativa en el acceso al mercado⁸⁸².

A su vez, el resguardo de la competencia regulada en la oferta de bienes y servicios maximiza las opciones del usuario y consumidor en cuanto a su libertad de elección, garantizando los derechos anteriormente desarrollados.

- **principio de consumo sustentable**, íntimamente vinculado con la escasez de los recursos naturales consumibles, con los procesos productivos limpios en sus transformaciones hacia otros productos de consumo y con la responsabilidad en el tratamiento de los residuos generados por el consumo.

La aplicación de este principio -junto con los subprincipios de solidaridad y cooperación- atiende tanto a la dimensión temporal actual como al concepto de “**futuridad**” a la luz de la protección de las generaciones futuras (artículo 41 de la Constitución nacional que más adelante será desarrollado).

En otro orden de ideas, se ha señalado anteriormente que el artículo 42 de la Constitución argentina consagra lineamientos fundamentales. Estos implican mandatos dirigidos al legislador ordinario, destinados a cumplimentar los principios arriba señalados.

Por lo tanto –y como afirma la norma constitucional-, las autoridades y la legislación –en su caso- deben **proveer** acciones positivas, o como surge de la redacción literal “las autoridades proveerán” a:

⁸⁸² Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 257.

- la protección efectiva de los derechos señalados;
- la educación para el consumo (en este punto particular nos remitimos a lo dicho anteriormente sobre el principio de consumo sustentable, ergo –y en nuestra apreciación- el lineamiento fundamental es la educación para el consumo sustentable);
- la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados;
- el control de los monopolios naturales y legales;
- la calidad y eficiencia de los servicios públicos;
- la implementación de procedimientos eficaces para la prevención de conflictos;
- la implementación de procedimientos eficaces para la solución de conflictos;
- la elaboración de marcos regulatorios de servicios públicos.

Mediante estos principios, el legislador ordinario –y los poderes públicos en general- se encuentran obligados a la consecución de normas jurídicas y políticas públicas orientadas a tanto a la eficiencia económica como al interés y bienestar económico general.

2) Derecho al ambiente natural y al patrimonio cultural.

La reforma de la Constitución nacional del año 1994 incorporó pautas referidas al ambiente, tanto en su dimensión natural como cultural. Asimismo añadió directrices referidas a la protección étnica (y también cultural) de los pueblos indígenas argentinos.

El artículo 41 de la Constitución nacional establece que *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.” (el subrayado es agregado).

En lo que refiere al reconocimiento de derechos culturales, el precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 75 incisos 17 y 19 de la norma suprema argentina.

Sobre el primero, en cuanto al reconocimiento de la *“preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”*, a la vez que corresponde al Congreso de la nación *“Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural...”*.

El segundo inciso establece que el Congreso de la nación debe *“Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.”*

Finalmente, cabe mencionar que estos derechos se encuentran en íntima relación con el principio de calidad de vida y desarrollo humano que surge a partir de la interpretación del artículo 75 inciso 2 con el aporte del derecho internacional de los derechos humanos.

Por todo esto, la norma constitucional consagra el **derecho fundamental al ambiente sano y equilibrado** y a la **preservación del patrimonio cultural**.

Reconoce además la **preexistencia cultural de los pueblos indígenas argentinos**.

Retomando la clasificación elaborada por la jurisprudencia suprema argentina, el derecho al ambiente colectivamente considerado es un derecho de incidencia colectiva. Tiene por objeto un bien colectivo perteneciente a toda la comunidad, por lo tanto indivisible (es imposible dividir el

ambiente, no así una derivación de una posible afectación daño ambiental) y no admite exclusión alguna⁸⁸³.

En la sociedad contemporánea argentina, el ambiente (en sentido amplio y en términos *meta positivos*) es considerado como un bien imprescindible para la vida humana y hacia su protección (en términos positivos constitucionales) se dirige la norma suprema.

Así, ambiente y patrimonio cultural (artístico, en sentido amplio) comprenden de manera inescindible el entorno en el cual se desenvuelve la vida humana. Por lo tanto ambos deben ser tratados en un mismo nivel de tutela.

a) Desarrollo histórico.

La Constitución histórica del año 1853 carecía de normas referidas al cuidado y protección del ambiente natural y cultural.

Posteriormente, el texto supremo de 1949 incorporó en su artículo 37 inciso 7 previsiones referidas a las “*riquezas artísticas e históricas, así como el paisaje natural*” asignándole la tutela del Estado. Por su parte y como anteriormente ha sido expuesto, el artículo 40 de esta misma norma estableció que los recursos naturales eran “*propiedad imprescriptible(s) e inalienable(s) de la Nación*”.

Reestablecido el texto histórico y con posterioridad a la reforma de la Constitución argentina del año 1994, fueron incorporados los preceptos de sus artículos 41 y 75 incisos 2, 17 y 19 arriba señalados.

De esta forma se abre un nuevo paradigma tuitivo y a la vez axiológico sobre bienes y valores jurídicos de índole colectivos cuya protección, como se analizará, excede la dimensión actual trascendiendo hacia las generaciones futuras.

b) Naturaleza jurídica del derecho al ambiente natural y al patrimonio artístico/cultural. Derechos constitucionales/fundamentales. Objeto y titularidad. Sus relaciones con la Constitución socioeconómica.

La norma constitucional argentina recogida en su artículo 41 identifica la protección del ambiente y a la vez la preservación “del patrimonio natural y cultural”.

De esta forma, ambiente y patrimonio artístico o cultural constituyen bienes protegidos por la Constitución nacional a partir de la reforma del año 1994. **Entorno natural (ambiente**

⁸⁸³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Halabi, Ernesto c./ Poder Ejecutivo s./ amparo – ley 26.873” (Fallos 332:111) de 24 de febrero de 2009.

natural) y entorno cultural (patrimonio artístico) son entonces dos objetos de un mismo bien jurídicamente protegido: el derecho al ambiente.

Germán Bidart Campos sintetiza y enseña que el patrimonio artístico comprende el histórico, cultura, arqueológico, entre otros y “reenvía a la protección de ambiente porque integra el entorno, muchas veces inmaterial, que sirve de emplazamiento a la vida humana y social”⁸⁸⁴.

En este orden de ideas, la relación del ambiente (natural y cultural) con la Constitución socioeconómica y en especial con los derechos incluidos en ella es directa e inexcusable.

El desarrollo de actividades productivas (libertad de empresa) o de uso y disposición de ciertos bienes (propiedad privada) es susceptible de, en algunos casos, colisionar con el presupuesto recogido en el artículo 41 de la Constitución nacional.

Por lo tanto la vinculación del cuidado del ambiente natural y cultural con el bloque de normas socioeconómicas puede repercutir en, al menos, tres sentidos.

- El objeto de la tutela del derecho.

En primer lugar y normativamente, el derecho al ambiente tutela los bienes naturales y culturales para la satisfacción de las necesidades presentes.

Por un lado, el **ambiente natural** está asociado a los recursos naturales. Son los bienes que ofrece la naturaleza (suelo, subsuelo, flora y fauna, agua, minas) en cuanto no han sido transformados por el hombre y puedan serle útiles.

Desde la literatura jurídica argentina, Eduardo Pigretti enumera al suelo, los yacimientos minerales, los recursos hidráulicos, la flora y fauna silvestre (terrestre, acuática, anfibia y aérea), el espacio aéreo, los recursos panorámicos⁸⁸⁵ y la energía⁸⁸⁶, en este caso la energía primaria⁸⁸⁷.

Por su parte, los **recursos o bienes culturales** son aquellos que resultan de la capacidad creadora o transformación de los recursos naturales en la aplicación del arte o la ciencia⁸⁸⁸. Néstor Sagüés enumera los bienes de valor histórico, arquitectónico, arqueológico y antropológico⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ Bidart Campos, Germán; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I-B, Pág. 169.

⁸⁸⁵ Pigretti, Eduardo; Derecho de los recursos naturales, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1982, Pág. 14.

⁸⁸⁶ Valls, Mario; Derecho de la energía, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.

⁸⁸⁷ Cao, Christian; “Constitución y energía renovable. Implicancias económicas, ambientales y de calidad de vida” en: Slavin, Pablo (coordinador); X Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Edición del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad de Mar del Plata y Editorial Suárez, Mar del Plata, 2010, Pág. 169.

⁸⁸⁸ Pigretti, Eduardo; Derecho de los recursos naturales, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987, Pág. 13

⁸⁸⁹ Sagüés, Néstor; Elementos de derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, Pág. 227.

Por ello, **todo uso, tratamiento o disposición de bienes –sea para consumo final o sea para la realización de actividades de reproducción- debe considerar el límite impuesto por la protección ambiental mediante el texto supremo** y definidos particularmente por el legislador.

La utilización de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades actuales se encuadra en un marco de provecho racional de los recursos naturales y se incardina con la proyección futura de su tutela.

- **El problema sobre la titularidad (presente y futura) del derecho al ambiente. El principio de sustentabilidad ambiental. El principio precautorio.**

En segundo lugar y en cuanto a su titularidad, el derecho al ambiente se extiende sobre un alcance protectorio más extenso que el dispuesto por la concepción clásica (sujeto individual o colectivo actual y existente), en términos temporales. Veamos.

A partir de su redacción, el precepto supremo argentino confiere protección jurídica a “todos los habitantes”. Por lo tanto, el titular del derecho al ambiente (entorno natural o cultural) –como derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien colectivo indivisible- está representado por la comunidad, y dentro de ella y para el caso de afectación individual derivada, cada persona física o jurídica. Es entonces un verdadero **derecho constitucional/fundamental al ambiente** “*sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano*”

Ahora bien, la tutela ambiental no se agota en la protección de estos titulares de existencia actual. La norma constitucional argentina va más allá y agrega la interdicción a comprometer a las **generaciones futuras**. Esto se relaciona íntimamente con el **principio de sustentabilidad ambiental** anticipado en párrafos anteriores al indagar sobre el objeto del derecho.

El paradigma colectivo se apoya en las relaciones grupales y se manifiesta en bienes de la misma índole. Entre ellos el ambiente –constitucionalmente reconocido- presenta como características su indivisibilidad, su uso común, su sustentabilidad, su no exclusión por demás personas y su ubicación en la esfera social, las cuales obliga al replanteo de diversas cuestiones de la teoría general del derecho. A modo de ejemplo, se destaca la noción de sustentabilidad del bien protegido (ambiente natural y/o cultural), a la vez recogido por el artículo 41 de la Constitución argentina.

¿Cuál es el alcance del la idea de sustentabilidad? ¿Cuál es la relación existente entre el bien colectivo “ambiente” (indispensable para la vida humana) y la dimensión temporal (futuro)?

Por un lado, el disfrute del ambiente natural y el entorno cultural implica que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes. De esta forma, la íntima relación con los

derechos económicos eminentemente de abstención (derecho de propiedad y libre iniciativa económica privada) encuentran una clara autorización: el uso y la utilización productiva de aquellos bienes.

Pero por otro lado, el artículo 41 de la norma suprema argentina establece también límites constitucionales al ejercicio de los derechos:

- a) que las actividades productivas actuales no comprometan a las generaciones futuras⁸⁹⁰;
- b) la utilización racional de los recursos naturales;
- c) consecuentemente, el deber de preservar el ambiente (natural y cultural) y la diversidad biológica.

Instrumentalmente y en el mismo sentido que lo anterior, la norma establece mandatos legislativos -orientados a los poderes constituidos- para:

- a) que el daño ambiental genere prioritariamente la **obligación de recomponer**, y no la mera reparación compensatoria-pecuniaria;
- b) proveer la información y educación ambiental;
- c) establecer presupuestos mínimos de protección ambiental.

Finalmente, a todo lo expuesto debe agregarse el **principio precautorio**, que en complemento con el deber de preservación, debe presidir todo análisis jurídico en materia ambiental, por cuanto constituye una obligación jurídica constitucional.

Este principio revierte el paradigma tradicional de la relación daño-reparación -típica del pensamiento clásico fundado en el deber de no dañar vinculado a su vez con el respeto de la propiedad- y propone el resguardo previo del bien jurídico protegido frente al eventual riesgo o amenaza de afectación.

En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto de forma contundente, en ocasión de entender sobre la limpieza de un río contaminado en zona urbana, que “*la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces*”⁸⁹¹.

La prohibición del ingreso de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos al territorio argentino

Por último, la norma constitucional argentina establece la **prohibición de ingreso** al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos.

⁸⁹⁰ Dalla Vía, Alberto y López Alfonsín, Marcelo; Aspectos constitucionales del medio ambiente, Editorial Estudio, Buenos Aires, 1994, Pág. 119

⁸⁹¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mendoza, Beatriz y otros c./ Estado nacional y otros s./ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo” (Fallos 331:1622) de 8 de julio de 2008.

Esta prohibición contenida en la Constitución en referencia al ingreso de residuos radioactivos ha colisionado con normas infraconstitucionales en virtud de la posibilidad de su uso ulterior, en atención a la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Derechos Radioactivos, la cual Argentina forma parte.

En su oportunidad, el máximo tribunal de justicia argentino ha observado una “*diferencia entre combustible gastado y desechos radioactivos*” por lo que “...*la posibilidad de que el reacondicionamiento del combustible gastado se produzca en un futuro en otro país hace que el perjuicio invocado sea meramente hipotético*”⁸⁹².

Si bien temática innovadora, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido una primera visión restrictiva sobre el alcance de los preceptos en materia de productos generados como consecuencia de actividades de generación de energía nuclear. Esto ha disparado un debate en la doctrina constitucional que se encuentra a la fecha inconcluso⁸⁹³.

⁸⁹² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Schröder, Juan c./ INVAP S.E. s./amparo”, de 5 de abril de 2010.

⁸⁹³ Gil Domínguez, Andrés; Ambiente, futuridad y discurso jurídico”, en Revista Jurídica La Ley, 22 de octubre de 2010, Buenos Aires, 2010; Jiménez, Eduardo; “¿Combustible quemado o desechos radioactivos?”, en Revista Jurídica La Ley, 10 de septiembre de 2010, Buenos Aires, 2010, publicado también en: Slavin, Pablo (coordinador); X Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Edición del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad de Mar del Plata y Editorial Suárez, Mar del Plata, 2010, Pág. 307.

Conclusiones del trabajo de tesis doctoral.

A lo largo del desarrollo del presente trabajo de tesis doctoral hemos identificado las siguientes conclusiones, enumeradas en 67 apartados:

1. Dentro del Capítulo 1 del trabajo y desde la historia de las ideas políticas, la academia y la investigación científica, el concepto “Estado” ha sido definido a partir de distintos presupuestos y considerando algunos de sus elementos caracterizadores. También evaluando sus manifestaciones, recursos y finalidades. Su relación con la economía y la estructuración y garantía de los derechos económicos (y sociales) no ha sido menos compleja. En esta senda, a la organización estatal se la ha conceptualizado como una creación natural –ius natural-, artificial o voluntaria de las personas –contrato social-. También como una relación de hechos o de dominación, concepto jurídico, unidad de acción, organización o entidad que reclama ciertos atributos, principalmente el monopolio de la coerción en un territorio limitado. Y precisamente, la temática económica –en especial la satisfacción de las necesidades sociales mediante el uso de recursos escasos- ha agregado nuevos componentes de conflicto. En concreto, no se observa una tesis unívoca para explicar al Estado como institución (y en su vinculación con la economía) y, según lo relevado en el trabajo, difícilmente el término encuentre tal consenso debido a su íntima –y no menos problemática- relación con la sociedad agrupada.

2. Las transformaciones jurídicas del Estado y su vinculación con las relaciones económicas evidenciaron importantes mutaciones históricas. La primera de ellas experimentó su cambio del absolutismo al Estado legislativo de derecho. Allí, el *rule of law and not of men* consagró un límite al poder del soberano, sustituido por el mandato de la ley en un esquema abierto, ya que siempre sería susceptible de modificación por las coyunturales mayorías parlamentarias o administraciones públicas. Así, la garantía de conservación de los bienes económicos (frente al imperio desmedido de tributación estatal) determinó ese cambio de paradigma. En otra de sus transformaciones, la consagración de una norma jerárquicamente suprema dentro del sistema jurídico dio origen al Estado constitucional de derecho. En esta categoría hemos identificado tres variantes de diferente razón de origen: Constitucionalismo evolutivo o mutación constitucional, constitucionalismo revolucionario y constitucionalismo originario.

3. El Capítulo 2 del trabajo de tesis inicia su abordaje mediante el planteo de dos interrogantes complementarios y a la vez imprescindibles para el estudio de la Constitución socioeconómica –concepto definido con posterioridad-: ¿qué es una Constitución? y ¿cuáles son sus relaciones con la política y la economía? A partir del relato histórico reseñado hemos puesto de manifiesto que la historicidad del primer concepto permite mutar sus elementos y contenidos modelando la dimensión de la protección de los individuos y el alcance del poder del Estado.

Por dicho motivo, Constitución y poder (político y económico) son las caras complementarias de la organización de un orden: el orden político-económico, en el que si el “ser” o el “deber ser” de un texto supremo coinciden, reflejarían la realidad jurídico-política de un Estado. Justamente, la obra indagó sobre las relaciones de poder en los sistemas jurídicos contemporáneos -caracterizados en general por modelos de economía de mercado- y destacó la importancia de los términos de intercambios económicos a los efectos de satisfacer las necesidades humanas. De esta manera, un nuevo factor de poder fue añadido al clásico escenario jurídico constitucional, transformando aquella clásica bilateralidad (derecho-política) en una relación trilateral: derecho (o el ordenamiento jurídico), política (o la búsqueda del poder político) y economía (o la búsqueda de la acumulación material). Consecuentemente las Constituciones contemporáneas serán Constituciones políticas y socio-económicas ya que comprenden también aspectos económicos (que dan lugar a la Constitución económica) y sociales (Constitución social o socioeconómica).

4. En ese mismo orden de ideas el trabajo recuperó una de las características intrínsecas que posee la Constitución como norma jurídica: su supremacía por sobre el resto del ordenamiento jurídico y las conductas de los particulares, inclusive de contenido económico. Ello no implica necesariamente la presencia activa del Estado en todos esos aspectos, sino más bien la plena vigencia y operatividad (fuerza normativa) de la norma suprema según su circunstancia (aún sobre las cuestiones de índole económica). La bibliografía relevada en esta temática es frondosa, en **España** y en **Argentina**, de la misma manera que también lo es respecto la utilización del término “bloque de constitucionalidad” o “bloque de la constitucionalidad”. Sin embargo, sobre esto hemos destacado y explicado las diferentes posturas apuntadas, aún contradictorias.

5. Justamente, a partir de este análisis conceptual, el desarrollo del Capítulo 2 avanza sobre los conceptos de supremacía y bloque de constitucionalidad, a partir del estudio histórico de los casos de **España y Argentina**. En el primer caso (**España**) nos adentramos en el articulado de la Constitución de Cádiz del año 1812 -fenómeno innovador liberal de la época, al instaurar un régimen constitucional liberal- y proseguimos sobre el texto del año 1837 –que atenuó el radicalismo liberal de la versión del texto de 1812- y la norma suprema del año 1869, ampliatoria de la recepción de derechos de las personas. Posteriormente encaramos algunos aspectos de la Constitución del año 1931 para dar lugar al análisis de la Constitución **española** de 1978 (que será estudiada –en lo atinente de los derechos económicos, sociales y culturales- a la luz del método comparado con el texto constitucional **argentino**, en el Capítulo 4 de la tesis).

6. Seguidamente, la obra profundiza en la problemática que presenta la incorporación de la fuente externa del derecho (tratados internacionales), el debate sobre su posición jerárquica en el sistema jurídico de fuentes y su repercusión en el plano de los derechos económicos, sociales y

culturales. Entre las diferentes variantes doctrinarias reseñadas se destaca el relevamiento de autores que reconocen lo delicado del debate, y estiman que un eventual conflicto entre normas no debiera resolverse en términos de jerarquía, sino buscando soluciones fundadas en el principio de coherencia que debe regir la actividad interior y exterior del Estado, articulando de esta forma los preceptos de “jerarquía superlegal del tratado” y “especificidad del tratado”. Allí hemos concluido que este enfoque del análisis -proveniente de la teoría general- se observa más claramente en la literatura **española** que en la **argentina**.

7. El concepto de Constitución, supremacía y bloque de constitucionalidad en el caso **argentino** también ha sido abordado desde sus preliminares históricos. En un primer lugar el trabajo indagó sobre la noción de supremacía constitucional en el período 1853-1992, argumentado sobre la base que el texto histórico de 1853-1860 establecía pautas generales sobre los tratados internacionales mencionadas en numerosas disposiciones. Mucho más adelante en el tiempo, la construcción jurisprudencial de un nuevo modelo interpretativo creó un breve período temporal ubicado entre los años 1992-1994. Finalmente, la reforma de la Constitución nacional del año 1994 y la “constitucionalización” de la fuente externa del derecho asignó el máximo nivel de preponderancia jurídica a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos. De esta forma y en el texto supremo vigente (texto de 1853 reformado principalmente en los años 1957 y 1994) la supremacía constitucional se encuentra integrada por el texto escrito de la Constitución nacional y los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente en forma originaria (aquellos mencionados expresamente en el artículo 75, inciso 22) o derivada (aquellos que el legislador, con la mayoría calificada, decida elevar a tal rango supremo). Sobre esto, el trabajo de tesis detecta el conflicto que presenta la normativa derivada de los organismos internacionales de derechos humanos y su posición en el sistema jerárquico jurídico, no sin acercar y fundamentar las distintas posturas y nuestra ponencia doctrinaria. El cuerpo de la tesis recoge además un extenso y clasificado resumen jurisprudencial en materia de supremacía normativa que da cuenta de lo inestable de esta problemática. Por ello, destacamos el interés que revestirán los futuros aportes científicos que se formularán alrededor de esta novedosa línea de investigación.

8. Posteriormente y sobre la misma problemática, el trabajo consigna conclusiones comparadas entre **España** y **Argentina**, afirmando que ambos esquemas jurídicos carecen de posturas doctrinarias unánimes y jurisprudencia pacífica que clarifiquen por completo la posición jerárquica del tratado internacional (sea de reconocimiento de derechos fundamentales o de integración regional) respecto al texto escrito de la Constitución nacional. También -y con apoyo en doctrina relevada, jurisprudencia analizada y razonamiento argumentativo aplicado-, concluimos que tanto en el caso de **España** como en **Argentina** no se observan unánimes posturas doctrinarias y jurisprudenciales que argumenten sobre la jerarquía que posee la

normativa o jurisprudencia derivada de los instrumentos internacionales (sean de derechos fundamentales o incluso de integración regional), respecto al texto escrito constitucional.

9. El desarrollo del Capítulo 2 del trabajo de tesis continúa con el relato histórico de la relación entre Constitución y economía, destacando que durante la primera parte del Siglo XX el constitucionalismo social y sus demandas abrieron camino a una nueva estructura jurídica mediante la incorporación de valores fundamentales que incluían la tutela a los sujetos titulares de un nuevo factor de producción: el trabajo. También destacamos que de alguna forma, este factor de producción económica confrontaba en medida con el capital y la tierra, los cuales ya habían encontrado apego jurídico en el derecho de propiedad privada y en su libertad de disposición. De esta forma, la economía –con sus medios de intercambio de bienes y servicios- y la cuestión social iban adquiriendo progresivamente un interés y poderío económico que el derecho -como disciplina reguladora de las conductas humanas- debía comenzar a considerar. En esta inteligencia, el reconocimiento de derechos económicos-sociales resulta elemental para el estudio del contenido de la Constitución socioeconómica. A partir de ese razonamiento lógico, el trabajo de tesis ha optado por utilizar la clasificación de derechos en razón de su contenido. En su oportunidad sostuvimos y argumentamos que ello representa de manera más rigurosa el carácter integral, progresivo, vinculante y plenamente exigible de la totalidad de derechos reconocidos por cada ordenamiento jurídico. No obstante, aclaramos que la utilidad de la clasificación es netamente didáctica y expositiva. Por otro lado, su atemporalidad se plantea como un válido y justificado óbice para las posturas que pretenden introducir eventuales preferencias o jerarquías dentro del propio espectro de derechos clasificados cuando el modelo técnicamente no lo hace (y allí adelantamos ciertas diferencias en los casos de **España** y **Argentina**). Sobre esto último, el trabajo recoge posiciones encontradas y ciertas excepciones –basadas en distintos criterios- a la luz del ordenamiento constitucional **español** y el **argentino**.

10. Ahora bien, durante el Siglo XX -y principalmente en su segunda mitad- las relaciones entre el derecho y la economía viraron en forma diametral y recobraron un interés superlativo. Tal giro ocasionó nuevas tensiones sociales que obligaron a reconsiderar la amplitud y el alcance de las libertades económicas que el constitucionalismo clásico había conquistado, añadiendo nuevos valores antes desestimados. El actor preponderante en este movimiento denominado Constitucionalismo social fue encarnado por un colectivo en creciente ascenso que dispone y titulariza un factor económico de producción: las personas asalariadas (individual y colectivamente concebidas) y su trabajo como actividad socioeconómica. El caso de la Constitución **española** del año 1978 (artículos 39 a 52) o las reformas constitucionales **argentinas** de 1957 (artículo 14 bis) y 1994 (artículos 42, 43, 75 inciso 19, entre otros) son ejemplos paradigmáticos de la recepción de dichos principios expuestos a lo largo del trabajo. Pero también, con anterioridad a esos textos, otras constituciones -no vigentes en la actualidad- recogieron tales lineamientos, como los casos citados y analizados de la Constitución de

Weimar de 1919, la Constitución española de 1931, en Europa; y la Constitución de Argentina de 1949 y Brasil de 1934 en América del sur. Actualmente, la recepción de la regulación de un orden socioeconómico se observa y resulta indiscutido en la gran mayoría de los textos constitucionales, ya que el constitucionalismo contemporáneo se ocupa y se preocupa por todo lo atinente a los condicionamientos económicos-sociales y financieros del Estado. Tal afirmación la hemos respaldado mediante el reciente -y progresivo- agregado de pautas limitadoras al endeudamiento público (o cláusula de “estabilidad presupuestaria”), como los acuñados en las reformas de la Constitución alemana en el año 2009 y de la Constitución **española** en el año 2011. Sobre esto también destacamos las complejidades que se avizoran respecto a la garantía y eficacia de los derechos económicos y sociales preponderantemente de prestación.

11. En otra de las conclusiones arribadas, estimamos que el desarrollo de las actividades económicas y productivas basadas en la garantía de la propiedad privada (y la acumulación del capital) modificó el esquema de poder clásico erigiendo vigorosos actores privados que en la actualidad determinan gran parte de la vida social. De esta forma, la Constitución contemporánea está llamada a fijar reglas y articular los nuevos factores de poder –ahora no sólo políticos, sino también económicos- hacia el bien común. El nuevo eje constitucional ha mutado entonces desde la búsqueda de la limitación del poder político –antes ejercido despóticamente por el absolutismo- hacia la regulación de los factores económicos, sin que ello implique el abandono del primero. En este inteligencia hemos concluido en que la trascendencia de las relaciones entre el derecho de la Constitución y la economía, rodeados de los factores de poder (político y económico), justifica la utilización –y su estudio, como en la presente tesis- del concepto, muchas veces olvidado o denostado de la “Constitución económica”.

12. La “Constitución económica” acota el contenido de su estudio a las relaciones socioeconómicas, pero en su concepción, valoración e interpretación se integra *in totum* con la Constitución en su esencia única. Por lo tanto hemos pretendido demostrar que el estudio de este concepto no busca disociar ni segmentar la Constitución integral para revalorizarla o devaluarla, sino que pretende aislarla teóricamente del resto del ordenamiento supremo a los fines de auxiliar y facilitar su estudio académico, técnico y científico. La frondosa bibliografía **española** y, en menor medida, la **argentina** que ha sido relevada sobre la materia a lo largo del trabajo observa múltiples opiniones. Incluso no faltan posturas que maximizan o atenúan la preponderancia de uno por sobre otro concepto (es decir, Constitución y economía). Sin embargo, la mayoría de las definiciones consignadas refieren –con mayor o menor amplitud- a la determinación y regulación del poder económico público y privado por parte de la Constitución económica.

13. Hemos defendido la utilidad del concepto Constitución socioeconómica (por sobre Constitución económica), recogiendo las críticas y réplicas doctrinarias expuestas en la

bibliografía constitucional **española** y **argentina**. Bajo este temperamento abogamos por el beneficio del uso del término a los efectos explicativos o expositivos del conjunto o bloque que compone las normas constitucionales eminentemente socioeconómicas, que tiene por finalidad ordenar el sistema económico y que en concreto deben interpretarse en forma armónica con el resto del ordenamiento supremo.

14. La literatura constitucional **española** del Siglo XX refiere al concepto “Constitución económica” con asiduidad –mayormente que la del Siglo XXI-, sin perjuicio que en ocasiones se empleen diferentes términos para significar criterios similares (“orden económico”, “libertades económicas”, entre otras), tal como ha sido expuesto a lo largo del trabajo. La posición jurisprudencial constitucional **española** proviene de antaño (la Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 1/1982 es paradigmática en la materia) y se mantiene vigente en sus rasgos generales, aunque hemos observado una paulatina disminución en la frecuencia de su uso.

15. En otras experiencias de Europa continental, la figura no ha sido menos utilizada. El trabajo formula una reseña dogmática sobre la cuestión, con énfasis en el caso alemán y particularmente en su reforma constitucional del año 2009. Justamente allí hemos insistido en que el caso de la República Federal Alemana fue el punto de partida de procesos replicados en otras experiencias similares -como es el caso de la Constitución española (artículo 135 reformado en el año 2011)- cuyo despliegue y traducción en otros Estados miembros de la Unión Europea se encuentran aún latente.

16. En el caso **argentino**, el empleo del término Constitución económica es mucho más restringido que en el caso de **España**, tal como lo demuestra la verificación de la literatura en la temática. Empero, se han escuchado voces autorizadas que se sirven de esta definición. En cuanto el análisis jurisprudencial del caso de estudio, hemos constatado que el tribunal supremo **argentino** no ha perseverado en la utilización del concepto al momento de fundamentar sus decisiones en materia socioeconómica constitucional, a diferencia del caso **español** antes expuesto que sí lo ha hecho.

17. Seguidamente el Capítulo se adentra en el estudio de la propuesta de definición de “Constitución socioeconómica” que hemos proyectado. En un primer lugar caracteriza la hipótesis de definición de manera: mínima (define de elementos imprescindibles y necesarios), estructural, (identifica y ordena a todos los términos mínimos) y correspondiente a la teórica general constitucional, (constituye una hipótesis útil para ser *a posteriori* aplicada a los efectos de definir o analizar la dogmática constitucional particular de cada caso). La definición propuesta prescinde de inocular su objeto con las múltiples técnicas de intervención pública en la economía; evita enumerar el contenido del espectro de derechos; pretende ser lo suficientemente abierta para ser aplicada a ordenamientos constitucionales que conducen a variados sistemas económicos; y finalmente, aborda el concepto a partir de un enfoque

sistémico e interrelacionado a los fines de aplicar abstracciones y modelos conceptuales coincidentes a fenómenos diferentes. En la construcción de nuestra propuesta de definición de “Constitución socioeconómica” hemos utilizado algunos denominadores comunes –no unánimes, pero sí mayoritarios- que se presentaron incólumes en muchas de las definiciones extraídas y analizadas, combinados a su vez con aportes propios.

18. En cuanto al planteo de premisa o hipótesis de definición, sostuvimos que la “Constitución socioeconómica” es el bloque de normas y principios interrelacionados de jerarquía suprema que incluye el reconocimiento de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales y las garantías para su efectivo cumplimiento; el poder estatal de intervención en la economía (técnicas e instrumentos articulados por los órganos competentes) y el subsistema recaudatorio y financiero de generación de recursos, el cual a su vez fija un orden socioeconómico determinado orientado a satisfacer las necesidades de la sociedad o bien la satisfacción del espectro de derechos antes señalados (orientación del gasto público).

19. Seguidamente, el Capítulo indaga sobre los elementos que componen esa hipótesis de definición. El primero de ellos -elemento preliminar- redundante en su esencia terminológica: Constitución “socioeconómica” o “socio” y “económica” en un mismo nivel. Sin ánimo de escindir los dos conceptos (ya que los justificamos como complementarios y de similar jerarquía) y al sólo efecto expositivo, sostuvimos que la Constitución es tanto “económica” (garantiza libertades económicas) como “social” (garantiza también los derechos sociales y culturales que el bloque contiene). Por lo expuesto y a los efectos terminológicos este trabajo argumentó que la utilización del término Constitución socioeconómica resulta el más ajustado y acorde para denominar el objeto central de la hipótesis de definición esbozada.

20. El segundo de los elementos es el bloque de normas y principios de jerarquía suprema interrelacionados, cuyas características intrínsecas, tal como vimos, son: supremacía, (para el hipotético caso de colisión con otras normas infraconstitucionales que forman parte del ordenamiento jurídico de un Estado, la Constitución socioeconómica prevalece por sobre todas); ordenador de la economía, (finalidad de ordenar las relaciones económicas verticales (Estado-privados) y horizontales (privados entre sí) hacia un sentido determinado y no viceversa); limitador de la actuación de los poderes públicos, (restringen, como causa y efecto, el accionar del poder político y económico) y contenido interrelacionado, (sistemáticamente vinculado, independientemente de que se encuentre ordenado o disperso en la letra del texto supremo)

21. El tercer elemento es el reconocimiento de derechos fundamentales económicos, sociales y culturales. La hipótesis aquí propuesta opta por incluir el espectro de derechos fundamentales socioeconómicos como integrante de la “Constitución socioeconómica”, sin importar cuáles son ellos, más allá que ellos también cumplan la función de orientadores o inspiradores de una dirección económica. Aquí identificamos y señalamos posturas que niegan incluir a aquellos derechos dentro del contenido del concepto.

22. El cuarto elemento son las garantías procedimentales e institucionales para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, amén de la frecuente existencia de otras garantías orientadas a efectivizar diferentes libertades no económicas (por ejemplo el *Hábeas Corpus*, que garantiza la libertad física o ambulatoria). Esto se relaciona en el plano empírico con la tarea irrenunciable que posee el Estado en la confección, elaboración y puesta a disposición -en base a métodos científicos y transparentes- de los datos estadísticos de la información de campo obtenida mediante censos y encuestas. Los relevamientos sobre indicadores básicos sociales, económicos, de producción, y todo otro dato de interés que la comunidad demande se vinculan con consecución del equilibrio (necesidad-satisfacción) en la relación derecho-garantía.

23. El quinto elemento es el poder estatal de intervención en la economía (técnicas e instrumentos articulados por los órganos competentes), o bien la atribución de competencias funcionales a los poderes constituidos. El trabajo aborda el poder estatal de intervención en la economía en **España** (artículos 128, inciso 2, 129 (en menor medida) y 131 de la Constitución española). El contenido de estos tres artículos constituyen mecanismos constitucionales de intervención en las actividades económicas en pos de articular la libertad de empresa, el derecho de propiedad privada, la participación en actividades económicas y la planificación e intervención pública en la economía. Asimismo, la obra indaga sobre el poder estatal de intervención en la economía en **Argentina** (artículos 42, 75 inciso 18, y 75 inciso 19 de la Constitución argentina). Al contrastar ambos casos hemos identificado más diferencias que similitudes jurídicas que suponen una difícil comparación.

24. El sexto elemento es el subsistema recaudatorio y financiero de generación y administración de recursos públicos, ya que la Constitución socioeconómica íntegramente concebida delinea los criterios generales de exacción (y gerenciamiento de activos) y gasto (ejecución de la recaudación) económico. Esto implica consagrar las garantías constitucionales formales tributarias (*nullum tributum sine lege* o principio de legalidad o reserva de ley, principio de igualdad y generalidad, principio de irretroactividad, razonabilidad y no confiscatoriedad de las leyes fiscales) y la administración de los activos públicos. Pero también comprende establecer la finalidad de esas imposiciones y activos, a la cual deberá atenerse y ajustarse la normativa infraconstitucional. Normativamente, en **Argentina** hacen los suyos los artículos 4, 76 incisos 1 a 9, 85, 100 incisos 6 y 7 de la norma suprema y en el caso de **España** los artículos 133 a 136 de su Constitución que regulan lo relativo a la fijación de tributos, elaboración de presupuestos públicos, emisión de deuda pública y contralor contable. El trabajo recoge y aborda analíticamente el caso **español** en referencia al principio de estabilidad presupuestaria incorporado en la reforma al artículo 135 de la Constitución del año 2011.

25. El último elemento identificado en la definición propuesta es el orden socioeconómico determinado -entendido como causa final- que posee la Constitución socioeconómica. Su

orientación funcional está dada por garantizar eficazmente la totalidad de los derechos reconocidos en el correspondiente texto constitucional y hacia tal satisfacción debe alinearse el sistema recaudatorio y financiero dispuesto en el punto anterior.

26. La matriz ideológica (o ideología) de la Constitución socioeconómica es estudiada en el mismo Capítulo 2 del trabajo. Amén del relevamiento literario consignado sobre la temática en los casos de **España** y **Argentina**, hemos propuesto la construcción de dos categorías acerca de la neutralidad o parcialidad del concepto en referencia a los distintos modelos económicos conocidos y aplicables: neutral u orientada. A su vez, en la segunda variante planteamos dos subcategorías. En una primera tipología hemos acuñado la determinación ideológica-declarativa en la Constitución socioeconómica, la cual parte de la expresa manifestación que el texto hace sobre la adopción de cierto modelo económico (por ejemplo, los casos de las constituciones de Portugal e Italia). En una segunda construcción tipificamos la determinación ideológica-constitutiva, por cuanto la ideología económica de una Constitución socioeconómica surge al interpretar sus principios y derechos económicos, sociales y culturales, conjuntamente con su amplitud y alcance (sea por su reconocimiento, omisión, e incluso prohibición). El trabajo de tesis contrasta esas categorizaciones entre sí y relacionados con el (si/no) reconocimiento de derechos, obteniendo de esta manera cuatro resultados lógicos, ilustrados en cuadros comparativos. La conclusión arribada en la instrumentación de dicho ejercicio es que el reconocimiento de esos derechos resulta el componente central y diferenciador, ya que dota de estabilidad y coherencia a la Constitución socioeconómica conforme a los elementos descriptos como mínimos e imprescindibles para la hipótesis definitoria que anteriormente propusimos.

27. La posición de la doctrina jurídica sobre la ideología de la Constitución socioeconómica en los casos de **España** y **Argentina** ha sido también objeto de estudio. En el primer caso hemos observado que las posturas son variadas y diferentes. Recorren una amplia variedad de posicionamientos socioeconómicos e inclusive varias abogan por su neutralidad. La jurisprudencia constitucional, como ha sido expuesta, también ha sido oscilante. En el caso **argentino**, destacamos que el empleo del término es mucho más restringido que en el caso de **España**. Como hemos puesto en evidencia, y a pesar del escaso tratamiento que la doctrina constitucional **argentina** ha dado el concepto “Constitución socioeconómica”, varias voces reconocen un amplio margen de actuación de los poderes constituidos aunque observando el límite fijado por los derechos fundamentales. Otros pensamientos acotan dicha discrecionalidad “política-económica” a partir de los preceptos socioeconómicos incorporados en la reforma de la Constitución nacional de 1994. Esta cuestión fue también graficada mediante el diseño de cuadros comparativos de doble entrada.

28. El trabajo aborda además un caso de neutralidad (autodefinida) de la Constitución socioeconómica: La República Federal Alemana y la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán, con énfasis en la Constitución de Bonn de 1949 y su diferencia con la

Constitución de Weimar de 1919. La ley suprema alemana, conforme a su jurisprudencia constitucional, no fija un modelo socioeconómico determinado, aunque sí fija pautas inalienables. De esto resulta una diferencia sustancial con su antecesora Constitución de 1919 (en especial respecto a sus artículos 151 a 165), la cual observamos y sostenemos que sí fijaba pautas de conducción político-económicas claras. En este orden de ideas, recuperamos y reafirmamos –no sin revisiones– las cuatro conclusiones a las que hemos arribado en oportunidad de comparar las Constituciones económicas de Weimar de 1919 y de Bonn de 1949 (trabajo de evaluación por el cual hemos obtenido el Diploma de Estudios Avanzados (DEA – suficiencia investigadora) titulado “*Derechos, libertades individuales y Constitución. El Estado y la regulación de la económica*”, páginas. 31 y 48 (tribunal evaluador compuesto por los Profs. Dres. Javier García Roca, Antonio de Cabo de la Vega y Miguel Ángel Fernández Valencia); y trabajo de evaluación titulado “*Los derechos sociales en las constituciones de Alemania de 1919 y 1949. Un estudio comparado sobre los derechos fundamentales sociales o de prestación*”, presentado en el curso de doctorado “*Historia Constitucional de Alemania*” a cargo del Prof. Dr. Germán Gómez Orfanel, ambos correspondientes al programa “Estudios Superiores de Derecho Constitucional”, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, junio de 2005 y julio de 2006, respectivamente).

29. El Capítulo 2 relata también los orígenes históricos de la Constitución socioeconómica. Allí hemos identificado cuatro acontecimientos temporales: el constitucionalismo liberal, la revolución rusa, la Constitución de Weimar y la revolución mexicana. En este orden de ideas hemos defendido nuestra posición sobre el origen histórico de la Constitución socioeconómica, a partir del surgimiento del fenómeno socio-jurídico denominado constitucionalismo social. Empírica y cronológicamente tal cuerpo normativo amalgamado se concretó en textos supremos inéditos en su época: La Constitución de Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en Latinoamérica, y la Constitución de la República de Weimar de 1919 en Europa, ambas explicadas y desarrolladas. Su despliegue y réplica comparada ha sido evidenciada en constituciones hoy no vigentes, tanto en **España** (texto del año 1931) como de **Argentina** (texto del año 1949), entre otras.

30. De la evidencia recabada afirmamos que la frondosa bibliografía **española** en la materia supera con creces a la existente en **argentina**. Pero a la vez, hemos agrupado el relevamiento de ambas experiencias en tres categorías básicas, en atención a la orientación que le imponen a la Constitución económica. Algunas posiciones centran la limitación de las actividades económicas en el marco del reconocimiento de derechos fundamentales económicos y sociales de las personas. Otras nociones parten de la autolimitación estatal en la intervención económica. En tercer lugar y frente a estas variantes, algunos otros autores se inclinan por rechazar la utilización del término por impropio.

31. Finalmente, el Capítulo concluye trazando dos presupuestos de la Constitución socioeconómica. El primero de ellos destaca que toda Constitución proyecta un orden socioeconómico. En algunas ocasiones aquella proyección se encuentra especificada y sistematizada en el cuerpo del ordenamiento supremo. Otras veces esa proyección surge implícitamente al interpretar armónicamente la Constitución y el resto del ordenamiento supremo. Que el bloque relativo a la Constitución socioeconómica se encuentre atomizado, disperso y desordenado no es sinónimo de anomalía constitucional, siempre y cuando la interpretación que de él se formule se lleve a cabo de manera coherente con la estructura jerárquica de su sistema de fuentes. Bajo este razonamiento hemos expuesto ejemplos de ambas variantes (constituciones socioeconómicas ordenadas y dispersas). Tal proyección determina su “orden socioeconómico” e irradia sus contenidos sustanciales (fuerza normativa) en las relaciones horizontales (*inter partes*) y verticales (Estado-particulares) respecto a los actos jurídicos (individuales) y su normativa inferior (generales) de índole económica (directa) como así también extra económica (indirecta). El segundo presupuesto afirma que la Constitución socioeconómica es una regla prudentemente abierta y compatible con pluralidad de modelos económicos, con los límites que establecen los derechos allí reconocidos y su neutralidad o determinación declarativa/constitutiva ideológica. Como conclusión lógica, a mayor tendencia hacia la neutralidad ideológica habrá una mayor diversidad de modelos económicos aplicables en la Constitución socioeconómica bajo análisis. De forma contraria, un posicionamiento ideológico determinado tenderá a acotar el margen de modelos económicos adoptables por parte de los poderes constituidos, en el marco del señalado bloque supremo.

32. La metodología comparada aplicada en el Capítulo 3 del presente trabajo de tesis ha permitido integrar y diferenciar numerosos elementos de los sistemas jurídicos contrastados (**España y Argentina**). Justamente uno de los objetivos alcanzados en esa sección del trabajo de tesis ha sido extraer y facilitar insumos y elementos comparados para el desarrollo de futuros trabajos de aplicación orientados en ese sentido. Ello ha requerido previamente formular una aproximación preparatoria o puesta en común de sus elementos centrales a los fines de presentar una correcta tarea expositiva, logrando un confronto mucho más provechoso. Las conclusiones arribadas comparativamente –que a continuación se detallan- redundarán, al momento de articular metodología jurídica aplicada, en el paulatino perfeccionamiento de los sistemas jurídicos constitucionales. Asimismo se deberá evitar incurrir en la simple “importación” y traspolación de conclusiones comparadas sin solución de continuidad, sino más bien se pretende proyectar implementaciones considerando las particularidades y procesos históricos de cada modelo. Los aportes anteriores citados y analizados en el marco del derecho constitucional comparado en la experiencia iberoamericana dan cuenta de lo expuesto.

33. Dentro del esquema ordenador de los principios y derechos constitucionales, el título preliminar de la Constitución **española** de 1978 es la fórmula política del texto en cuanto su

expresión ideológica, jurídicamente organizada, en una estructura socioeconómica que contiene un techo ideológico demoliberal, una organización jurídico política y una estructura socioeconómica. Posee además las funciones de: identificar el régimen político en sentido demoliberal, abierto a la socialización dada la ambigüedad de varios preceptos; fundamentar un régimen (libertad, justicia, igualdad, respecto al pluralismo político); e interpretar la Constitución y todo el ordenamiento jurídico (artículo 9 inciso 1 de la Constitución española). Por su parte, el texto constitucional **argentino** divide su articulado en dos partes: dogmática, o reconocimiento de derechos; y orgánica o división poderes. Sin perjuicio que el basamento del orden socioeconómico se apoye con preponderancia en la primera de las secciones, la norma reconoce numerosos aspectos de tal índole en la segunda sección. A ello se le debe asumir el aporte que realizan los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional del año 1994, de indudable rigor socioeconómico. Así, comparativamente concluimos que en el caso de **España** los derechos fundamentales y constitucionales (supremos) provienen eminentemente de la Constitución. En **Argentina**, en cambio, emanan de su Constitución pero también de los mencionados instrumentos internacionales, en paridad jerárquica. Empero, sobre esto último la doctrina constitucional no es unánime, tal como ha sido recopilado.

34. Los factores de poder rodean y modelan la efectiva y real vigencia de la Constitución – entendida como norma jurídica-, de **España** y **Argentina** (o cualquier otra que sea objeto de estudio), observando tensiones que repercuten en el plano sociológico y axiológico. La clásica dualidad (Constitución formal-Constitución material) se relaciona íntimamente con los factores socio-políticos de poder coyunturales, como por ejemplo el poder económico. En esta inteligencia, los hechos históricos reseñados en el cuerpo del trabajo han demostrado que durante la segunda parte del Siglo XIX y principalmente a partir del Siglo XX, numerosas cuestiones económicas, sociales e incluso culturales fueron incorporadas a la arena política-constitucional, o dicho de otra manera, a la arena de la disputa por el poder. En la segunda mitad del Siglo XX estos procesos evidenciaron una gran aceleración. Por ende, y tal como se recoge en el presente estudio, el análisis de la Constitución material (en sentido material) contemporánea no debe limitarse a lo meramente consignado en su texto escrito, sino que su dimensión sociológica y valorativa correcta requiere incorporar esos factores de poder, tanto políticos como económicos. De esta forma sostuvimos que las Constituciones actuales serán a la vez constituciones políticas y económicas (o socioeconómicas) ya que también comprenden aspectos socioeconómicos. Hemos afirmado que considerar lo contrario y desconocer la autoridad constitucional por sobre la economía –y la normativa infraconstitucional de índole económico- implicaría reconocer que esta última se encontraría habilitada para funcionar al margen de la Constitución, hipótesis que rechazamos. Precisamente una de las sub-hipótesis en la que hemos apoyado el trabajo de tesis utiliza ese argumento (refutando la conclusión

positivista contraria), al demostrar que a partir de la consolidación de la supremacía constitucional ninguna actividad humana –sea económica o no- puede o debe posicionarse al margen de la norma suprema formal y material, principalmente en relación a los derechos fundamentales allí reconocidos. También hemos proyectado lo expuesto con la casuística (casos de **España** y **Argentina**) y las particularidades que se desprenden de los procesos de “constitucionalización” de la normativa jurídica internacional.

35. La incorporación de la fuerza externa del derecho en los sistemas jurídicos comparados remite a la problemática de su posición jerárquica y la repercusión en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales (abordada desde la teoría general en la primera parte del trabajo de tesis y en la conclusión nº 7). En relación a este acápite, el trabajo de tesis limitó su objeto de estudio comparado a los casos de **España** y **Argentina**. Ello no sin antes concluir que en la literatura jurídica relevada en esas latitudes, el debate jurídico sobre esta particularidad dentro del sistema de fuentes del derecho aún no ha sido completamente salvado. Este sigilo impacta en la preeminencia/grado de eficacia de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales provenientes del ordenamiento externo y posteriormente reconocidos/jerarquizados por los Estados al tiempo de suscribir tratados internacionales (artículos 93 a 96, y especialmente este último de la Constitución **española** y 75 inciso 22 de la Constitución **argentina**). Empero, como se ha relevado a lo largo del trabajo (y adelantado liminarmente en la conclusión nº 6), cierta literatura cuestiona la necesidad de definir la relación entre esas dos normas en términos de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho. En todo sentido, la fuerza externa del derecho válidamente ratificada, tanto en el caso de España como en Argentina, se presenta como fuerza directamente aplicable conforme a las reglas de incorporación y a la vez como herramienta hermenéutica de los derechos fundamentales, según se trate. Sin embargo, hemos detectado una diferencia entre los dos casos de estudio proveniente del análisis de la reciente jurisprudencia y en alguna medida de la doctrina constitucional, que es la siguiente: En el caso de **Argentina**, la jurisprudencia suprema ha preponderado en forma progresiva la normativa proveniente de la dimensión externa del derecho y la ha posicionado al mismo nivel que el propio texto supremo. La doctrina constitucional, en cambio, se presenta dividida. Empero, tal argumentación no se ha observado con claridad en el caso de la normativa derivada de esos instrumentos internacionales.

36. La conclusión anteriormente indicada remite a la utilización -aunque readecuación mediante- del concepto clásico “bloque de constitucionalidad” en relación con la Constitución socioeconómica, tanto en el caso de **España** como en **Argentina** (abordada desde la teoría general previamente en la conclusión nº 4). En ambos casos -y a partir de la bibliografía acopiada- se presenta una semejanza: no se observa una definición unánime, en las diferentes definiciones doctrinarias y jurisprudenciales. La conclusión de esta comparación abona la puesta en crisis del término con base en el descubrimiento inductivo. Este válido estímulo

problematizado se consolida aún más al momento de añadir los instrumentos internacionales de derechos humanos al sistema jurídico y abordar su jerarquía dentro de ese “bloque de constitucionalidad”.

37. En lo relativo al estudio comparado de los derechos económicos, sociales y culturales en las Constituciones de España y Argentina hemos diseñado un doble cuadro sinóptico que permitió encuadrar el espectro de derechos constitucionales reconocidos dentro de la tipología clasificatoria construida, facilitado su ordenación y a partir de allí, permitiendo extraer las próximas conclusiones que se transcriben.

38. La Constitución **española** reconoce en un artículo único el derecho de propiedad privada, y lo hace en el mismo precepto que consigna el derecho de herencia. En la misma cláusula también consigna la función social de la propiedad y su papel delimitador del contenido, con arreglo al principio de reserva de ley. Finalmente, impone la prohibición de la privación de bienes y derechos de las personas sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad por lo dispuesto por las leyes. En la Constitución **argentina**, en cambio, la propiedad privada se encuentra receptada por un conjunto de normas interrelacionadas. El bloque del derecho de propiedad se encuentra integrado por tres artículos. En marcada diferencia con el caso **español**, la norma **argentina** proclama un derecho constitucional (y fundamental) a la propiedad privada, y expresamente reconoce y ejemplifica un subtipo constitucional de propiedad (u objeto del derecho): la propiedad intelectual, a la cual le asigna un carácter temporal limitable. Por otro lado faculta expresamente a adquirir, poseer (o mantener), usar, disponer y enajenar (entre vivos y/o *post mortem*) la propiedad. Una vez adquirida, el bloque reputa a la propiedad como inviolable y establece que las restricciones a su privación (titularidad y/o ejercicio) únicamente pueden darse mediante: a) ley; b) sentencia fundada en ley; c) contribuciones impuestas por ley; d) expropiación a causa de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada. Complementariamente –y expresamente- iguala los derechos del ciudadano argentino y extranjero en torno del derecho de propiedad y formula una triple prohibición: i) la prohibición de trabajos o servicios patrimoniales personales; ii) la prohibición de requisiciones; iii) la prohibición a perpetuidad de la confiscación de bienes (sólo a los condenados, en principio).

39. En la doctrina constitucional **española**, las posturas sobre la naturaleza jurídica del derecho de propiedad privada son variadas. Algunas definiciones lo consagran como un derecho fundamental. Otras posiciones, en cambio, sostienen que la propiedad privada no es un derecho fundamental en los términos que lo define y clasifica la Constitución española (o al menos no constituyen un derecho fundamental de carácter “pleno”), aunque sí lo conciben como un derecho subjetivo. La propiedad entendida como construcción jurídica es entonces una relación entre sujetos en relación al uso y disposición de las cosas materiales o inmateriales. Tal relación jurídica establece un respeto a los bienes adquiridos conforme a derecho y se encuentra

protegida por el sistema de garantías judiciales. En la doctrina **argentina**, en cambio, la propiedad privada se encuentra doctrinariamente definida a partir de los aportes acercados por la jurisprudencia de principio de Siglo XX. En contraste con el caso **español**, constituye un derecho constitucional en paridad jerárquica con el resto de los derechos recocidos en la norma. Aquí radica una diferencia entre ambos ordenamientos jurídicos, particularmente en cuanto a la accesibilidad a las garantías procesales para su tutela. Sin embargo, en el caso **español**, hemos argumentado que el hecho de que no pueda interponerse un recurso de amparo para tutelar ese bien jurídico no debe llevar a concluir que los particulares carezcan de acción para reaccionar jurídicamente frente a eventuales cercenamientos al derecho de propiedad. Siguiendo en el plano procesal constitucional, en **España**, el derecho de propiedad se encuentra dotado de plena tutela judicial. Sin embargo y en los términos del artículo 53 inciso 2 de la Constitución española, esta tutela no se encuentra reforzada en base al procedimiento preferente y sumario (proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales). En cambio, en **Argentina**, el derecho de propiedad privada posee las mismas garantías jurisdiccionales que el resto de los bienes jurídicos constitucionales protegidos. Por otro lado, y como otras similitudes detectadas en ambos ordenamientos, el reconocimiento constitucional del derecho de propiedad privada vincula a los poderes públicos, tiene eficacia inmediata (artículo 9 inciso 1 de la Constitución **española** y 28 de la Constitución **argentina**) y posee reserva de ley observando su contenido esencial. La eficacia inmediata del derecho de propiedad se refleja en la libertad de acceder, conservar, utilizar y disponer (contenido) de los bienes jurídicos, que son objeto de este derecho. En el caso **español**, los sujetos titulares del derecho de propiedad pueden ser personas físicas y jurídicas, nacionales españoles o extranjeros, esto último en los términos de lo dispuesto por el artículo 13 inciso 1 de la Constitución española. En el caso **argentino**, la norma constitucional otorga las mismas garantías en virtud de lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución argentina. Pero además innova, y fiel a su tradición de recepción inmigratoria europea, otorga expresa y ejemplificativamente el derecho de los extranjeros de “labrar la tierra” (artículo 25 de la Constitución argentina).

40. Siguiendo en el camino del estudio de los sujetos activos del derecho de propiedad, hemos extraído otra de las conclusiones comparadas del trabajo de tesis. El texto constitucional **argentino** posee una particularidad que no se encuentra presente en la experiencia **española**. A partir del arraigo a sus orígenes históricos, el caso **argentino** recoge la ligazón cultural de los pueblos indígenas con el espacio territorial –inmueble- cuya recepción forma parte del derecho de identidad de los pueblos originarios. De esa forma el artículo 75 inciso 17 de la Constitución argentina establece el mandato de reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (los pueblos originarios o indígenas); y regular la entrega de

otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; agregando que ninguna de ellas puede ser enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

41. Tanto en **España** como en **Argentina**, los sujetos pasivos del derecho son el Estado (relaciones verticales) y el resto de las personas físicas y/o jurídicas (relaciones horizontales). El objeto del derecho –en ambos casos estudiados- refiere a la diversidad de bienes jurídicos patrimoniales (materiales o inmateriales) legalmente susceptibles de apropiación (atribuibles a un titular) mediante la forma establecida asimismo en rigor de la norma. Más apropiado resulta entonces referir –como lo hemos hecho a lo largo del trabajo- a “propiedades diferenciadas”. Como nota distintiva y a la luz de la comparación, el caso **argentino** reviste particularidad a partir del reconocimiento expreso de la prohibición a la eventual “apropiación de personas” (artículo 15 de la Constitución argentina). De esta manera, el texto constitucional argentino prohíbe expresamente la “cosificación” de la persona humana o su identificación como objeto susceptible de apropiación privada.

42. Desde la doctrina y la jurisprudencia **española** y **argentina** han sido formuladas tipologías enumerativas sobre objetos susceptibles de ser alcanzados por la tutela del derecho de propiedad. A partir del relevamiento documental realizado hemos enumerado –no taxativamente- las siguientes: cosas muebles inmuebles (suelo o propiedad territorial), diseños, inventos y descubrimientos intelectuales e industriales, empresas, dinero y demás derechos subjetivos, entre otros. Hemos concluido además que el legislador ordinario posee la atribución de ampliar o restringir los bienes susceptibles de apropiación privada, conforme la razonable ponderación con el resto de los derechos reconocidos en el correspondiente texto constitucional.

43. En esa inteligencia -y desde la Constitución histórica de 1853- el ordenamiento constitucional **argentino** reconoce expresamente un subtipo de derecho de propiedad, o bien un objeto del derecho específico expresado en la norma, de índole inmaterial: la propiedad intelectual. Esto además dotado de una particularidad. El artículo 17 de la Constitución argentina le asigna un carácter temporal limitable, a determinar por el legislador. En cambio, en el caso **español**, la doctrina es la fuente jurídica que le extiende su tutela de la propiedad constitucional (sin perjuicio del reconocimiento constitucional de los aspectos no patrimoniales en el artículo 20 inciso 1 b) de su norma suprema). Por otro lado, tanto en el caso de **España** como de **Argentina**, la propiedad intelectual recibe una tutela desde la dimensión internacional del derecho, en cuanto a la adhesión al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966 reconocido como el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses materiales (y también inmateriales o “morales”) que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. Ello no obstante las diferentes opiniones relevadas acerca de las posiciones jerárquicas en la que se encuentra este derecho, que en ambos casos de estudio se han esgrimido.

44. En cuanto a su contenido esencial, la dimensión subjetiva del derecho de propiedad la compone la libertad de apropiación, de disfrute, de aprovechamiento, conservación y de disposición de los bienes patrimoniales. La dimensión objetiva del derecho es la exigencia de un espectro o conjunto más o menos amplio de bienes susceptibles de apropiación, que es dispuesta por ambos legisladores (por ejemplo, artículo 149, inciso 1, apartado 8 de la Constitución española y 75 inciso 12 de la Constitución argentina) con límites mínimos y máximos. Los límites mínimos y máximos del espectro del objeto de la propiedad privada lo fijan las políticas públicas aplicadas mediante la razonable legislación (civil, penal, administrativa, etc.) de cada momento histórico que restringe la libertad de apropiación de determinados bienes y se encuentra justificada en valores igualmente constitucionales. El constituyente **español** ha fijado pautas -delegadas a la legislación-, por ejemplo, de establecimiento de dominio público en el artículo 132 del texto supremo por el cual se excluye a determinados bienes del tráfico jurídico privado. Diferenciándose de ese modelo, en el caso **argentino** el texto supremo no contiene remisiones expresas al dominio público, sino que las deriva enteramente al legislador.

45. También hemos concluido en afirmar que el derecho de propiedad privada es una función social, mandato e imperativo delimitable por el legislador de acuerdo con la específica función que cumpla el objeto o bien jurídico patrimonial a regular. Ello conforme a lo establecido en los artículos 1 inciso 1 y 33 inciso 2 del texto supremo **español**. Pero a contrario de esa experiencia española, el texto **argentino** no reconoce expresamente la función social de la propiedad. Ello sin perjuicio de la construcción pretoriana que la jurisprudencia ha efectuado del concepto, como hemos resaltado, a partir de su confusión con la doctrina de la crisis socioeconómica, y más recientemente con el aporte de la jurisprudencia interamericana. Asimismo se debe destacar que, como ha sido expuesto en el cuerpo del trabajo de tesis, la anterior Constitución argentina del año 1949 sí contenía especificaciones expresas sobre la función social de la propiedad.

46. Hemos afirmado que el desarrollo legislativo del derecho de propiedad sobre los distintos bienes en que puede consistir su objeto se debe apoyar en dos axiomas constitucionales: la utilidad privada y la función social. Por ende debe ponderar proporcionadamente ambos principios, sin anularlos. Y en esa inteligencia, la generalidad de la cláusula “función social de la propiedad” (expresa en el caso **español**, implícita y derivada de la jurisprudencia en el caso **argentino**) impone al legislador optar por el criterio más conveniente en cada uno de los estatutos dominicales, los que a su vez permitan, por un lado promover el interés individual propio de todo derecho, y al mismo tiempo la satisfacción de otros intereses colectivos por parte del resto de la sociedad.

47. La función social de la propiedad se integra con el derecho de acceso a la propiedad – cláusula de accesibilidad dominical (o derecho a participar en los frutos del proceso económico), o a secas derecho “a la” propiedad privada-, incardinado íntimamente con el

principio de igualdad en su acceso en el marco de un Estado social de derecho constitucional. El derecho a la accesibilidad a la propiedad privada –o bien, a secas y *mutatis mutandi*, el derecho “a la” propiedad aún no adquirida, conforma un valor para la efectiva igualdad económica. Este precepto no impone –en los casos bajo análisis- forma alguna de reasignación de bienes, sino que propende a la participación del Estado en la garantía de acceso a un nivel de vida adecuado, en los términos de uso y aprovechamiento de los bienes patrimoniales. Si bien ni en el texto **español** ni en el texto **argentino** se observan preceptos expresos referidos a la accesibilidad de la propiedad, el derecho a no ser excluido de la distribución de la riqueza redunda en el principio de igualdad en la propiedad (artículo 130 inciso 1 de la Constitución española y 75 inciso 19 del texto español).

48. La reserva de ley –reserva formal en este caso- o “necesidad de ley” fue justificada por la jurisprudencia tanto **española** como **argentina** a los fines que las libertades (entre ellas la de propiedad privada) dependan exclusivamente de la voluntad de quienes los representan, tal como surge del relevamiento efectuado. Por otra parte, los legisladores de los casos **español** y **argentino** encuentran también, “límites de los límites”, o institutos formales (como los anteriormente expuestos) y materiales (en el marco de su razonabilidad ponderada) que deben ser observados por las leyes que reglamentan el derecho. En concreto hemos argumentado que la reserva de ley implica la posibilidad de regular el ejercicio del derecho de propiedad mediante acto legislativo (reserva de ley formal) y además respetando el contenido esencial del mismo (reserva de ley en sentido material). En su significado y a la luz del derecho de propiedad privada, la reserva de ley implica: a) la interdicción de la deslegalización (reglamentos y demás normas jurídicas no parlamentarias); b) prohibición de reglamentos independientes (sobre la materia reservada a la ley); c) licitud de la remisión normativa a reglamentos; d) posibilidad de delegación legislativa (artículo 82 de la Constitución española y 76 de la Constitución argentina, excepcionalmente); e) regulación de la propiedad mediante Decreto-ley (esto con criterios doctrinarios divididos).

49. La expropiación como limitación a la titularidad del derecho de propiedad mediante el traspaso forzoso de un bien bajo propiedad privada al Estado con su consecuente indemnización y justificado en utilidad pública ha sido recogida expresamente en los textos constitucionales de España y Argentina. Sin embargo aquí también hemos identificado ciertas diferencias. El texto supremo **español** no hace referencia alguna a la temporalidad del pago de la indemnización, (como sí lo hacía la Constitución española de 1812). Es decir, no consigna expresamente el “previo pago” como elemento imprescindible para la aplicación del instituto expropiatorio, aunque numerosas posturas doctrinarias lo dan por indubitado. Agrega, además, la noción de “interés social” como factor de justificación (artículo 33, inciso 3 de la Constitución). En el caso **argentino**, el instituto de expropiación requiere la declaración de utilidad pública mediante ley formal del Congreso de la nación (artículo 17). La norma **argentina** se diferencia del instituto

español y sí exige expresamente que la indemnización que el Estado deba abonar al sujeto expropiado debe ser efectivizada de forma previa al acto de desapoderamiento del bien. A tales efectos al Estado le incumbe previamente la tasación del bien a expropiar, cuestión revisable judicialmente, tal cual hemos argumentado. Por último, cabe destacar que las figuras de retrocesión, expropiación irregular y ocupación temporaria no se encuentran recogidas en los modelos **español** y **argentino**, por lo que queda a criterio del legislador su eventual instrumentación en la normativa infraconstitucional.

50. Otra de las limitaciones constitucionales a la titularidad de la propiedad privada expresamente reconocida en el texto supremo **argentino** es la pérdida de la titularidad del derecho sobre determinado bien en virtud de una sentencia judicial fundada en ley previa (artículo 17). En cambio, en la experiencia **española** esta eventualidad de pérdida de titularidad mediante pronunciamiento jurisdiccional surge de manera implícita.

51. El alcance constitucional de la posibilidad de disponer de la propiedad mediante actos *mortis causa* (herencia) que el texto **español** expresamente consagra tiene relación con la familia y suele ser justificado como una forma de “protección social, económica y jurídica de la familia” con basamento en el artículo 39 inciso 1 (y expresamente, artículo 33 inciso 1). El texto **argentino**, en cambio omite la mención directa a ese derecho de herencia, sin perjuicio que reconoce el derecho a “testar” (artículo 20) de manera indirecta al reafirmar las condiciones de igualdad entre los ciudadanos nacionales y extranjeros. Consecuentemente entendemos que podría llegar a ponerse en crisis el carácter constitucional de la tutela a la porción legítima hereditaria (derecho a ser heredero forzoso), en este caso bajo análisis.

52. La libertad de empresa se encuentra reconocida expresamente en la Constitución **española** (artículo 38). La fórmula categórica y sencilla difiere de la construcción teórica-jurisprudencial que se ha elaborado en el caso **argentino**. Esta experiencia no reconoce expresamente el derecho a la libre empresa sino que su garantía se conforma a partir de la amalgama de un bloque de derechos económicos de producción constitucionales: derecho de comerciar, derecho de ejercer industria, derecho de trabajar y/o ejercer una profesión, complementado a su vez con componentes sociales. Estos últimos ofrecen un triple reconocimiento indirecto al tener presente el aporte de los derechos sociales del trabajador dependiente asalariado, introducidos en el texto supremo en la reforma del año 1957 (artículo 14 bis). En primer lugar, el artículo reconoce literalmente la existencia de “empresas”; en segundo lugar, el artículo asigna a la empresa el “control de la producción” de sus bienes y servicios (y algún tipo de participación de los trabajadores); y en tercer lugar, el artículo atribuye a la empresa la dirección de la administración (y algún tipo de participación por los trabajadores). Consecuentemente y desde su aspecto social, este último reconocimiento consigna lo que hemos denominado una “fórmula de cierre” del bloque de derechos económicos de producción, del derecho a la libre iniciativa económica, o si se quiere, de la libertad de empresa.

53. En los casos de **España y Argentina** el derecho de contratación –en su dimensión económica/productiva- se encuentra ubicado dentro del marco de la libertad de empresa o bloque de derechos económicos de producción, respectivamente. Esto debido a que todo acto de intercambio o agregado de valor en bienes o servicios implica alguna forma de contratación, sea de forma expresa o tácita. Es decir, concluimos en que la libertad de contratación económica no posee entidad suficiente para considerarla autónoma de la libertad de empresa –sino que se encuentra dentro de ella, o dentro del derecho de “disponer” de la propiedad privada, según el caso-, al menos en términos constitucionales.

54. En el caso **español**, la libertad de empresa vincula a los poderes públicos (artículo 53, inciso 1), tiene eficacia inmediata (artículo 9, inciso 1 de la Constitución española) y posee reserva de ley observando su contenido esencial (artículo 53, inciso 1 de la misma norma). Sin embargo, hemos señalado que este derecho no goza de la garantía de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (artículo 53, inciso 2); del procedimiento agravado que se requiere para una eventual reforma constitucional (artículo 168); y de la exigencia de Ley Orgánica para su desarrollo (artículos 81 y 86). La libertad de empresa dentro del mercado interno **español** se ve complementada por los derechos de libre circulación de mercaderías, capitales, libertad de establecimiento y prestación de servicios provenientes del proceso de integración del ámbito europeo. En la experiencia **argentina**, en cambio, el derecho a la libre iniciativa económica privada posee la misma jerarquía que el resto de los derechos constitucionales reconocidos (artículo 28). En el marco de la disciplina procesal constitucional, este derecho se encuentra tutelado por las garantías procedimentales constitucionales, en especial la acción de amparo (artículo 43 de la misma norma). Empero debemos reconocer que en ambos casos estudiados han sido identificadas y reseñadas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que difieren de esta conclusión.

55. El objeto de este derecho –tanto en **España** como en **Argentina**- lo constituyen las actividades o servicios susceptibles de ser tratados o intercambiados a los fines productivos en los diferentes mercados dentro del marco de la legalidad. Se trata de una libertad que reconoce a las personas la potestad de idear, iniciar, desarrollar y concluir actividades de carácter económico-productivo en sus múltiples variantes. Sin embargo, aquí cabe una acepción. La norma constitucional **española** expresamente concibe la posibilidad de extender la protección a otras actividades como las “empresas” educativas, fundado en el derecho a la libre creación de centros docentes (artículo 27 inciso 6 de la Constitución española). También, aunque con menor claridad, en lo referido a las “empresas” de información (artículo 20 de la Constitución española). La jurisprudencia constitucional ha avalado lo expuesto. A diferencia del caso español, el modelo **argentino** no posee tales especificaciones expresas alrededor de este derecho –lo que no quita que no sea reconocido (artículo 14)-, dotando al legislador de mayor margen de discreción a la hora de ponderar este derecho.

56. Desde la teoría general sostuvimos que la libertad de empresa sólo puede ser ejercida en un ámbito de competencia o concurrencia entre sujetos activos del derecho. Su reconocimiento permite los intercambios económicos y consecuentemente configura los distintos mercados sectoriales en los cuales se despliega. Sucede que la libertad de empresa se concibe en el marco de la economía de mercado (conforme el artículo 38 de la Constitución **española** y 42 de la Constitución **argentina**). En ambos casos estudiados, la Constitución reconoce el derecho (a la libertad de empresa) y crea un marco para los intercambios económicos (el mercado). El sentido de la relación triada es entonces: Estado constitucional-derechos fundamentales-mercado es el señalado y no el inverso. El Estado de derecho constitucional origina y configura los mercados, y no al revés, según sostuvimos. En **España** se complementa con lo dispuesto por los artículos 139 inciso 2 y los incisos correspondientes del artículo 141 de la Constitución española. En **Argentina** se incardina con lo estipulado en los artículos 9 a 12 y 14, 17 y 20 de su texto supremo.

57. Del relevo de la doctrina y jurisprudencia constitucional hemos concluido casuísticamente que el contenido de la libertad de empresa en **España** incluye la facultad de crear empresas, actuar en el mercado, establecer los propios objetivos de la empresa, dirigir y planificar la actividad en atención a los recursos y a las condiciones del mercado, e incluso, la decisión de cesar en la actividad. En **Argentina** lo componen la posibilidad de crear un emprendimiento productivo (comercial, industrial o laboralmente autónomo); consecuentemente ingresar y participar en un mercado de intercambios referente al sector económico escogido; permanecer en el sector productivo o mercado escogido (industrial, comercial o profesional); interactuar en el mercado interno de intercambio de bienes y servicios; interactuar en el mercado externo de intercambios -exportación e importación- en materia de comercio exterior; controlar la dirección del emprendimiento económico privado; establecer el control de la producción del emprendimiento económico privado; abandonar el sector productivo o mercado en el que el emprendimiento (o sujeto activo del derecho); cesar la actividad económica privada (sea comercial, industrial o profesional), con interdicción de la actividad compulsiva. Debe destacarse que en ambos casos estudiados se han evidenciado disímiles posiciones doctrinarias en la materia.

58. La segunda subespecie de la clasificación de derechos socioeconómicos que hemos propuesto a lo largo del trabajo de tesis (derecho constitucional del trabajo y afines) se corresponde al modelo social del Estado, establecido en el preámbulo de los dos textos constitucionales. Esto se observa también en el artículo 1 inciso 1 del caso **español**. A diferencia de aquél, el caso **argentino** no presenta una especificación similar en el cuerpo de su articulado, no obstante la mención al “progreso económico con justicia social” del artículo 75 inciso 19 de su texto fundamental.

59. En el caso **español**, la mayoría de las consideraciones de índole social presentan una naturaleza jurídica particular que se diferencian de los derechos subjetivos fundamentales reconocidos en el texto supremo, conforme la posición ideológica que se adopte. Hemos expuesto las distintas argumentaciones doctrinarias y jurisprudenciales. En este debate, parte de la doctrina constitucional interpreta que dentro del Capítulo III de la Constitución española se reconocen principios rectores o informadores de la legislación infraconstitucional, pero no derechos subjetivos o fundamentales directamente exigibles. Dentro de esas posiciones, hemos identificado que algunas rígidamente caracterizan los principios de rectores de la política económica y social como principios informadores de contenido eminentemente programático. Otras parecen ser más cercanas al reconocimiento del derecho y se asemejan a los temperamentos que sí le asignan naturaleza de “derechos” a los preceptos reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución española, pero por alguna razón prefieren atribuirles otras técnicas jurídicas de protección, diferentes a la categorización de “derechos”. La jurisprudencia constitucional mantiene una postura renuente a su consideración como derechos públicos subjetivos, aunque han sido detectadas excepciones al caso. Dentro de otro grupo de autores, se ubican algunos que entienden que los principios rectores de la política económica y social constituyen derechos, sociales en este caso. Por otro lado, ciertas posiciones les reconocen algún nivel de debilidad (derechos debilitados). Otros, encuentran verdaderos derechos subjetivos, incluso –desde algunas posiciones- han llegado a denominarlos derechos fundamentales. Este dilema sobre la naturaleza jurídica de los preceptos sociales constitucionales no se encuentra ausente en torno al modelo **argentino**. En este caso, los derechos sociales poseen –a tenor del texto escrito- paridad jerárquica con el resto de los preceptos constitucionales. La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mutado hacia esta orientación. Sin perjuicio de ello, jurisprudencia anterior y una cantidad de autores de la materia califican las estipulaciones de carácter social como normas programáticas, restándoles eficacia y vigencia hasta tanto la “necesaria” normativa infraconstitucional les dote la fuerza vinculante que –según entienden- *a priori* carecerían.

60. La Constitución **española** enumera y desarrolla los siguientes preceptos sociales (derechos o principios, según la postura que se adopte): la libre sindicalización, sin perjuicio de las excepciones atribuidas a ciertos funcionarios públicos (artículo 127 inciso 1), la libertad sindical individual (derecho del trabajador a afiliarse -o no, conforme a la expresa mención de la última parte del inciso- a un sindicato) y la libertad sindical colectiva (derecho del sindicato a federarse, y en general al libre ejercicio de la actividad sindical). La huelga y la libertad de elección de trabajo (derecho a un empleo libremente elegido); el derecho a la libertad de oportunidades en el acceso al empleo (derecho de crédito a una prestación positiva); el derecho a trabajar por un salario suficiente (derecho a una renta adecuada a sus necesidades personales y familiares) y a las condiciones dignas de trabajo. Cada una de esas estipulaciones ha sido

desarrollada tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. Por otro lado, la Constitución **española** de 1978 caracteriza al trabajo como un “deber” (artículo 35 de la Constitución española). Más allá de la carente aplicación efectiva de su exigibilidad, esta cuestión se diferencia el caso **argentino** (aún con las reformas de los años 1957 y 1994) la cual no cataloga el trabajo como un “deber”, sino sólo en clave de derecho.

61. Ambos ordenamientos consagran la fijación de la seguridad social, la protección de la familia, el derecho a la protección de la salud (cuestión que el modelo **español** consagra pero que el texto **argentino** no reconoce expresamente entre sus derechos sociales, independientemente de lo dispuesto en su artículo 75 inciso 19), la protección de la vivienda digna y adecuada y la protección de la juventud, las personas con discapacidad y la tercera edad. El texto **español** consagra la protección de los trabajadores españoles en el extranjero (artículo 42), aspecto diferenciado del ordenamiento **argentino**, paradójicamente construido en base a la inmigración europea, que no lo posee. El texto supremo **argentino** también reconoce los derechos laborales enumerados (en su artículo 14 bis, incorporado en la reforma constitucional del año 1957) con la extensión que la jurisprudencia le ha dotado. Pero añade además el derecho a las condiciones equitativas (junto al concepto “dignas”), extendiendo la idea que en el caso **español** surge de otra sección. Por otra parte, el texto **argentino** reconoce el derecho a la jornada limitada, y al descanso y vacaciones pagados (similar al concepto de “retribuidas”, en la fórmula empleada por el artículo 40 inciso 2 de la Constitución **española**). Como ha sido explicado, el texto **argentino** innova reconociendo el derecho a la retribución justa y al salario mínimo vital y móvil, y refuerza el principio de “igualdad” consignando el derecho a la igual remuneración por igual tarea. Asimismo, la norma **argentina** consagra el derecho a la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, en el control de la producción y colaboración en su dirección, fórmula que encuentra una semejanza en el texto **español** con la participación de los trabajadores en la empresa (artículo 129 inciso 2 de la Constitución española). Inclusive el modelo **español** va más allá que el **argentino** —en cuanto a la participación de los trabajadores en la riqueza y producción- y agrega la facilitación a ese colectivo de acceder a “la propiedad de los medios de producción”. Finalmente, es de destacar que la Constitución **argentina** reconoce el derecho a la protección contra el despido arbitrario y el derecho a la estabilidad del empleado público, y que el modelo **español** realiza los principios de distribución equitativa de la renta y la política orientada al pleno empleo (artículo 40 inciso 1)

62. En cuanto a la enumeración y el alcance de los derechos sociales colectivos, el ordenamiento **argentino** recepta el derecho a la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial (aquí se diferencia del artículo 28 inciso 1 del texto **español**) y el derecho a la concertación de convenios colectivos de trabajo y recurrir a la conciliación y al arbitraje (el artículo 37 de la Constitución **española** en sus dos

incisos hacen lo suyo, aunque con las diferencias que hemos señalado). Además del derecho de huelga, el texto **argentino** reconoce derechos de los representantes gremiales para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con el empleo estableciendo un mandato de protección en atención a su función. Sin embargo ello no implica –porque el texto supremo no lo asimila- la atribución a los representantes gremiales de fueros equiparables a los parlamentarios o inmunidad de expresión. Finalmente, la Constitución **argentina** recoge los derechos de la seguridad social. En una primera consideración, el texto le asigna a este bien jurídico protegido el carácter de irrenunciable e integral. En términos jerárquicamente supremos se prevé la interdicción al desistimiento del beneficio de la previsión social y sus derivados, como así también se protege de forma amplia la totalidad de las eventuales contingencias y necesidades sociales, incluso explorando el principio de progresividad en materia previsional por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto se diferencia de la extensión protectoria que sostiene cierta doctrina jurídica **española**. La norma fundamental **argentina** consagra el derecho al seguro social obligatorio y a las jubilaciones y pensiones móviles. Es decir, concibe la actualización (frente a procesos económicos inflacionarios) de los estipendios de la seguridad social dotándole a ello jerarquía constitucional. De similar forma, el ordenamiento **español** no utiliza el concepto “pensiones móviles” para aludir al mantenimiento de su poder adquisitivo sino el de pensiones “periódicamente actualizadas”, con las flexibilidades que la jurisprudencia ha asignado.

63. El caso **argentino** consagra el derecho a la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, el derecho a la compensación económica familiar y el derecho de acceso a una vivienda digna, el cual de la misma forma que el caso **español** no aluden al carácter de “propiedad” de la vivienda. Sin embargo, en la relación “acceso a la vivienda digna” y “acción urbanística”, el caso **español** establece un agregado, ya que alude a la participación en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos, cuestión que se encuentra ausente en el derecho constitucional **argentino**.

64. Respecto a la tercera categoría de derechos preponderantemente de prestación (resto de los derechos sociales y culturales no referidos a los trabajadores), la Constitución **española** ubica primeramente el derecho de los usuarios y consumidores. Se detiene en fijar que los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo - mediante procedimientos eficaces-, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Al mismo tiempo, el texto señala que corresponde a los poderes públicos promover la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentando sus organizaciones y oyendo a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos. Finalmente, el mismo ordenamiento determina la regulación del comercio interior y el régimen de autorización de productos destinados al comercio. La Constitución **argentina**, por su parte, ha incorporado estos preceptos a partir de la reforma constitucional del año 1994 y asigna a los usuarios y

consumidores el derecho a la protección de la salud y la seguridad, el derecho de la protección de los legítimos intereses económicos (similar el derecho a la reparación de daños, precepto no reconocido expresamente en el texto constitucional **español** pero interpretado indirectamente por parte de alguna literatura jurídica específica), el derecho a la información y a la educación, y el derecho a la representación (ser “oído”), acogido también en la Constitución **española**, (artículo 51). El texto **argentino** redunda al reconocer el derecho a asociarse en defensa de sus intereses y expresamente a participar colectivamente en los organismos de control de los servicios públicos (aquí se diferencia de la experiencia **española**). La norma **argentina** también alude al principio de acceso al consumo, principio de lealtad comercial y de competencia, principio de consumo sustentable. Cada uno de los preceptos ha sido analizado comparativamente a la luz de su jurisprudencia constitucional no encontrando allí diferencias más relevantes que las expuestas.

65. En cuanto al derecho al ambiente –dentro de la misma categoría en la clasificación que hemos utilizado-, el texto **español** consagra como bien jurídico protegido la capacidad de disfrutar de un medio ambiente natural y cultural adecuado para el desarrollo de la persona. Conforme a la literatura **española** relevada, del texto supremo (artículo 45) surgen los siguientes principios: de promover y restaurar el ambiente, de velar por el uso racional de los recursos naturales; deber de las personas (de “todos”) de conservar el medio ambiente (artículo 45 inciso 1 de la Constitución española) y la obligación de reparar el daño causado. Por otra parte, se reconoce la cultura como ámbito de la vida humana, de la misma forma que lo es el ámbito político, económico o social; la cultura es una función del Estado (artículo 149 inciso 28 de la Constitución **española**). La conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio cultural –conjuntamente con el histórico y artístico- **español** y los bienes que lo integran conforman el objeto de tutela, a los cuales el texto fundamental les brinda un mandato de protección (sanción de los atentados), previa intervención del legislador. De similar forma, en el caso **argentino** se consagra el derecho fundamental al ambiente sano y equilibrado y a la preservación del patrimonio cultural. Sin embargo, recoge otras apreciaciones y reconoce además la preexistencia cultural de los pueblos indígenas **argentinos**. De esta forma, ambiente y patrimonio artístico o cultural constituyen, con sus variantes, bienes protegidos tanto por la Constitución española como por la argentina.

66. La norma constitucional **argentina** (artículo 41) agrega a esto la interdicción a comprometer a las generaciones futuras en la utilización de los recursos naturales. Por un lado, estipula que el disfrute del ambiente natural y el entorno cultural implica que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes. Instrumentalmente y en el mismo sentido que en el caso **español** (al utilizar los vocablos “restaurar” y “reparar” en el artículo 45 de la Constitución **española**), la norma establece mandatos legislativos -orientados a los poderes constituidos- para: a) que el daño ambiental genere prioritariamente la obligación de

recomponer, y no la mera reparación compensatoria-pecuniaria; b) proveer la información y educación ambiental, y; c) establecer presupuestos mínimos de protección ambiental. A todo lo expuesto debe agregarse el principio precautorio, que en complemento con el deber de preservación, debe presidir toda materia ambiental en cuanto a obligación jurídica constitucional, factor presente en los dos modelos comparados en el trabajo.

67. Por último, la norma suprema **argentina** destaca una particular mención de tutela ambiental al establecer la expresa prohibición constitucional de ingreso de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos al territorio nacional. Esta proscripción no se encuentra recogida de forma literal en el ordenamiento fundamental **español**. Sin embargo, debe destacarse que a la fecha, esa prohibición estipulada en el ordenamiento **argentino** no ha sido avalada por los pronunciamientos jurisprudenciales, tal como ha sido puesto en evidencia en la sección correspondiente del trabajo de tesis.

BIBLIOGRAFIA (citada por orden alfabético)

1. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian; Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
2. Aftalión, Enrique; “El empresario ante las leyes de agio y las comisiones parlamentarias de investigación”, en Revista Jurídica La Ley, Tomo 93, Pág. 840, Buenos Aires, 1957.
3. Aftalión, Enrique; “Agio y leyes penales en blanco”, en Revista Jurídica La Ley, Tomo 89, Pág. 499, Buenos Aires, 1957.
4. Aguiar de Luque, Luis; “Los límites de los derechos fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, enero-abril de 1993, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
5. Aguilera Vaqués, Mar; “El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites a su regulación (art. 1 P1)”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.); La Europa de los Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
6. Alberdi, Juan Bautista; Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1988 [1852].
7. Alberdi, Juan Bautista; Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1913 [1854].
8. Albertí Rovira, Enoch; “La Constitución económica de 1978. (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”, en Revista española de derecho constitucional, nº 71, mayo-agosto de 2004, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
9. Albertí Rovira, Enoch; Autonomía política y unidad económica, Editorial Cívitas, Madrid, 1995.
10. Alborch Bataller, Carmen; “La protección de los consumidores en el artículo 51 de la Constitución: consideraciones generales y desarrollo legislativo”, en AA.VV. Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés: historia, política y derecho, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1984, 2 tomos.
11. Alessi, Renato; Instituciones de derecho administrativo, Editorial Bosch, Barcelona, 1970, 2 tomos.
12. Alexy, Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
13. Alexy, Robert; Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales, Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles de España, Madrid, 2004.
14. Alonso, Julio; “Análisis y opinión sobre el proyecto de ley del Régimen de Participación Laboral en las Ganancias de la Empresas”, en Revista Jurídica La Ley, Suplemento actualidad de 26 de octubre de 2010, Buenos Aires, 2010.
15. Alonso de Antonio, Angel Luis y Alonso de Antonio, José Antonio; Derecho Constitucional español; Editorial Universitas, Madrid, 2002.
16. Alonso García, Ricardo; Sistema jurídico de la Unión Europea, Civitas Ediciones, Madrid 2007.
17. Alonso García, Ricardo; Sistema jurídico de la Unión Europea, Thomson Reuters, Madrid, 2007.
18. Alsina, Hugo; Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1963;
19. Alzaga Villaamil, Oscar; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio y Zapata Jorge; Derecho político español según la Constitución de 1978, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, 2 tomos.

20. Alzaga Villaamil, Oscar; “Las libertades económicas”, en Alzaga Villaamil, Oscar; Guitierrez Guitierrez, Ignacio y Rodríguez Zapata, Jorge; Derecho político español según la Constitución de 1978; Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, 2 Tomos.
21. Althingi Administration; Althingi, Hildur Gróa Gunnarsdótti, Reykjavík, 2008.
22. Amador, Francisco y otros; “Evaluación del proyecto de reforma agraria en Andalucía”, en Revista de estudios agro-sociales, nº 162, octubre-diciembre de 1992, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid.
23. Ansuátegui Roig, Francisco, De los derechos y el Estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
24. Añón Roig, María; Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
25. Añón Roig, María José y García Añón, José; Lecciones de Derechos Sociales; Segunda edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
26. Aparicio Pérez, Miguel, Barceló i Serramalera, Mercè y Marquet Sardà, Clara; Manual de Derecho Constitucional, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.
27. Aparicio Tovar, Joaquín; La seguridad social y la protección de la salud, Editorial Cívitas, Madrid, 1989.
28. Ara Pinilla, Ignacio; Las transformaciones de los derechos humanos. Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
29. Aragón Reyes, Manuel; Constitución y democracia, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
30. Aragón Reyes, Manuel; “Libertad de empresa”, en Aragón Reyes, Manuel (coordinador); Temas básicos de Derecho Constitucional, Editorial Cívitas, Madrid, 2001, 3 Tomos.
31. Aragón Reyes, Manuel; Libertades económicas y Estado social. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
32. Arazí, Ronald; Elementos de derecho procesal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988;
33. Ariño Ortiz, Gaspar; Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.
34. Ariño Ortiz, Gaspar; Economía y Estado, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
35. Ariño Ortiz, Gaspar; Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Ediciones Comares, Tercera Edición, Granada, 2004.
36. Ariño Ortiz, Gaspar; “El Estado empresario: iniciativa pública y reservas al sector público”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
37. Ariño Ortiz, Gaspar y López de Castro-García Morato, Lucía; en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
38. Ariño Ortiz, Gaspar; De la Cuétara, Juan Miguel y Martínez López Muñiz, José Luis; El nuevo servicio público. Marcial Pons, Madrid, 1997.
39. Ariño Ortiz, Gaspar y López de Castro García-Morato, Lucía; La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas. Segunda edición. Editorial Comares, Granada, 2003.
40. Arjona Sebastià, César; Los votos discrepantes del juez O.W.Holmes, Iustel, Madrid, 2006.
41. Arroyo Gil, Antonio; “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la federación y los *länder* en la República Federal de Alemania”, en Revista d’estudis autonòmics i federals, nº 10, Generalitat de Catalunya, Barcelona, abril de 2010.

42. Arroyo Jiménez, Luis; “Sobre la estructura normativa de la libertad de empresa”; V Congreso de la Asociación española de profesores de derecho administrativo, Cádiz, 2010.
43. Arroyo Jiménez, Luis; Libre empresa y títulos habilitantes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
44. Badeni, Gregorio; Tratado de derecho constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, 2 tomos.
45. Badeni, Gregorio; “Soberanía y reforma constitucional”, Revista Jurídica El Derecho, Tomo 161, Pág. 880, Buenos Aires.
46. Bacaria Colom, Jordi; “El sistema monetario en la Constitución española: consecuencias constitucionales de los acuerdos monetarios supranacionales”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, 2 tomos.
47. Balado Ruiz Gallegos, Manuel; “Notas sobre el modelo económico constitucional español”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, 2 tomos.
48. Balaguer Callejón, Francisco (Coordinador); Manual de Derecho Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
49. Balaguer Callejón, Francisco; “El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación del la cláusula del Estado social”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
50. Balaguer Callejón, María “constitución económica y derechos sociales”, en Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Manual de derecho constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 2008 2 tomos.
51. Barboza, Julio; Derecho internacional público, Editorial Zavallá, Buneos Aires, 1991.
52. Barcellona, Pietro; El individualismo propietario, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
53. Barnes Vázquez, Javier; “La propiedad agraria: A propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley de reforma agraria andaluza”, en Revista de Administración pública, nº 119, mayo-agosto de 1989, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
54. Barra, Rodolfo; Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1980.
55. Bassols Coma, Martín; Constitución y sistema económico, Editorial Tenos, Madrid, 1985.
56. Bassols Coma, Martín; “Ordenación del territorio y medio ambiente: aspectos jurídicos”, Revista de Administración Pública, nº 95, septiembre-diciembre de 1981, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
57. Basterra, Marcela; El derecho fundamental de acceso a la información pública, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
58. Bastida, Francisco; “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en Alexy, Robert (edición a cargo de Ricardo García Manrique); Derechos sociales y ponderación, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007.
59. Beard, Charles; An Economic Interpretation of the Constitution of the United States, Dover, New York, 2004 [1913] (sin traducción al castellano a la fecha).
60. Bermejo Vera, José; “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”, Revista de Administración Pública, nº 87, septiembre-diciembre de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
61. Bercovitz, Alberto; Estudios jurídicos sobre protección de consumidores, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

62. Bernal Pulido, Carlos; El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
63. Bernal Pulido, Carlos; El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
64. Berlin, Isaiah; Cuatro ensayos sobre la libertad, Fondo de Cultura Económica, México 2006 [1964].
65. Bianchi, Alberto; La regulación económica, Editorial Abaco, Buenos Aires,, 1998.
66. Bianchi, Alberto; “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, Revista jurídica La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, septiembre de 2010.
67. Bidart Campos, Germán; La historicidad del hombre, del Derecho y del Estado, Editorial Manes, Buenos Aires, 1965.
68. Bidart Campos, Germán; El derecho constitucional del poder, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1967.
69. Bidart Campos, Germán; Los derechos del hombre, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1974.
70. Bidart Campos, Germán; Lecciones elementales de política, Editorial Grijley, Lima, 2002.
71. Bidart Campos, Germán; El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004.
72. Bidart Campos, Germán; El orden socioeconómico en la Constitución, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999.
73. Bidart Campos, Germán; “La economía y la Constitución de 1853-1860”, en Revista Jurídica El Derecho, Tomo 117, Pág. 759, Buenos Aires, 1985.
74. Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de Derecho Constitucional, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997.
75. Bidart Campos, Germán; Manual de la Constitución reformada, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2 tomos, 1997.
76. Bidart Campos, Germán y Carnota, Walter; Derecho constitucional comparado, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, 2 tomos.
77. Bidart Campos, Germán; “La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, en Revista Cuestiones constitucionales, México, enero-junio 2002.
78. Bielsa, Rafael; Derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959.
79. Biscaretti di Ruffia, Paolo; Derecho constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1965.
80. Biscaretti di Ruffia, Paolo; Introducción al derecho constitucional comparado, México, 1996.
81. Blanco, Luis; El “corralito” financiero, los depósitos bancarios y el derecho de propiedad, Editorial Librería Cívica, Santa Fe, 2002.
82. Blanco Valdés, Roberto; La Constitución de 1978, Editorial Alianza, Madrid, 2003.
83. Bobbio, Norberto; Fundamento y futuro de la democracia. Editorial Edeval, Valparaíso, 1990.
84. Bobbio, Norberto; Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
85. Bobbio, Norberto; Liberalismo y democracia, Colección Breviarios, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992.
86. Bobbio, Norberto; Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política. Editorial Taurus, Madrid 1995.
87. Bobbio, Norberto; El futuro de la democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
88. Bobbio, Norberto; El tiempo de los derechos, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
89. Bon, Pierre; “La Constitución española en el marco del constitucionalismo contemporáneo”, en: Revista española de derecho constitucional, Centro de

- Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 2003, nº 69.
90. Botana, Gema y Ruiz Miguel; Curso sobre protección jurídica de los consumidores, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1999.
 91. Bovero, Michelangelo “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, en: De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo; Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
 92. Böckenförde, Ernst; Escritos sobre Derechos Fundamentales; Nomos, Baden-Baden, 1993.
 93. Bodino, Juan; Seis libros sobre la república, Editorial Tecnos, Madrid, 1986 [1576].
 94. Brage Camazano, Joaquín; Los límites a los derechos fundamentales; Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
 95. Brey Blanco, José y otros; Derecho constitucional de España (sistema de la constitución de 1978), Editorial Universitas, Madrid, 2006, Pág. 243.
 96. Brey Blanco, José; “Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, 2 tomos.
 97. Brewer Carías, Allan; “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en AA.VV. Estudios sobre la constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid, 1991, 5 tomos.
 98. Brosa Ballesteros, Pedro; “El estatuto de la empresa”, en La empresa en la Constitución española, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1989.
 99. Bryce, James; Constituciones flexibles y constituciones rígidas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962 [1905].
 100. Bouazza Ariño, Omar; “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos”, en Revista de administración pública, nº 168, septiembre-diciembre de 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
 101. Bustamente, Eduardo; Desregulación. Entre el derecho y la economía, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
 102. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo; Regulación jurídica del comercio interior, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1999.
 103. Cafferata, Néstor; Introducción al derecho ambiental, Instituto Nacional de Ecología, Buenos Aires, 2004.
 104. Calabresi, Guido y Melamed, Douglas; “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad. Una visita de la catedral”, en Revista Estudios Públicos, nº 63, invierno de 1996.
 105. Calamandrei, Piero; Instituciones de derecho procesal civil, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1943;
 106. Canasi, José; Tratado teórico práctico de la expropiación pública, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1967, 2 tomos.
 107. Cano Montejano, José; La integración europea desde el tribunal constitucional alemán, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
 108. Canosa Usera, Raúl; “Marco constitucional de la protección de los consumidores y usuarios”, en Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime, y Canosa Usera, Raúl (editores); Derechos de los consumidores y usuarios. Una perspectiva integral, Editorial Netbiblio, A Coruña, 2008.
 109. Canosa Usera, Raúl; “¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?”, en: Instituto de Derechos Humanos; Anuario de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, vol. 7 (nueva época), tomo I, Madrid, 2006
 110. Canosa Usera, Raúl; Constitución y medio ambiente, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

111. Canosa Usera, Raúl; “Pretensiones ambientales en amparo constitucional. Comentario a la STC 119/2001 de 24 de mayo”, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, UNED, nº 10 y 11, 2º semestre de 2002 y 1º semestre de 2003, Págs. 697 a 716, Madrid.
112. Canosa Usera, Raúl; Apuntes de derecho constitucional para relaciones laborales, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007.
113. Canosa Usera, Raúl; “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), nº 94, octubre-diciembre de 1996, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
114. Cao, Christian; “Los Derechos Sociales en las Constituciones de Alemania de 1919 y 1949. Un estudio comparado sobre los Derechos fundamentales sociales o de prestación.”, trabajo de evolución presentado en el curso de doctorado “Historia Constitucional de Alemania”, a cargo del Prof. Germán Gómez Orfanell, Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, junio de 2005.
115. Cao, Christian; “Los extranjeros y la limitación del derecho a la accesibilidad de la propiedad privada. Críticas y propuestas al proyecto del Poder Ejecutivo nacional de protección al dominio nacional sobre tierras rurales”, en Revista Jurídica La Ley, suplemento actualidad, edición de 13 de septiembre de 2011.
116. Cao, Christian; “El Estado y la legitimación activa en la acción de amparo ¿En resguardo de sus intereses o en defensa de los derechos?”, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 10 de diciembre de 2010.
117. Cao, Christian; “Acciones judiciales para la defensa de los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores”, en Slavin, Pablo (coordinador); Memorias de las IX Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Editorial Suárez, Mar del Plata, 2009.
118. Cao, Christian; “Control de constitucionalidad más control de convencionalidad. Un nuevo paso en la tutela de los derechos fundamentales”, Revista jurídica La Ley, edición del 24 de septiembre de 2010.
119. Cao, Christian; “Constitución y energía renovable. Implicancias económicas, ambientales y de calidad de vida” en: Slavin, Pablo (coordinador); X Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Edición del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad de Mar del Plata y Editorial Suárez, Mar del Plata, 2010.
120. Cao, Christian; “La protección de los derechos económicos y sociales. El aporte del Protocolo Adicional del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en Revista Jurídica La Ley, (suplemento actualidad), edición de 17 de junio de 2011.
121. Cao, Christian; “El derecho a ganarse la vida mediante un trabajo y las reglamentaciones irrazonables” en Revista Jurídica La Ley, Tomo 2011-B-658, Buenos Aires, 29 de abril de 2011;
122. Cao, Christian; “El principio democrático y los esquemas regionales. Gobierno, ciudadanía y legitimidad en los procesos de integración”, en Saddy, André (coordinador) Direito Público Econômico Supranacional, Editorial Lumen Juris, Río de Janeiro, 2009.
123. Cao, Christian; “El Estado argentino: De la Revolución de Mayo a la integración regional. Algunas reflexiones a doscientos años de su formación”, en AA.VV. Homenaje al Bicentenario de la Revolución de Mayo, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.
124. Cao, Christian; “Estabilidad presupuestaria y Constitución. La limitación al déficit y al endeudamiento público introducido en las reformas constitucionales española y alemana”, en Revista Jurídica La Ley (suplemento actualidad) edición de 22 de diciembre de 2011, Tomo 2012-A, Buenos Aires, 2011.
125. Cao, Christian; “Omisión constitucional de la seguridad social, haber jubilatorio móvil y veto presidencial” en Revista Jurídica La Ley, Tomo 2010-E- suplemento

- actualidad, Buenos Aires, edición de 18 de noviembre de 2010. Publicado también bajo el mismo título en: Anales de legislación argentina, tomo LXXI-A-2010, Editorial La Ley, 2010.
126. Cappelletti, Mauro; El proceso civil en el derecho comparado, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1973;
 127. Carasa Soto, Pedro y otros; Historia de España. Alfonso XIII y la Segura República (1898-1936), Editorial Gredos, Madrid, 1991.
 128. Carbonell, Miguel (compilador); Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid, 2003.
 129. Carbonell, Miguel; “Problemas constitucionales del multiculturalismo”, en: Balaguer Callejón, Francisco (coordinador); Derecho Constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
 130. Carmona Cuenca, Encarnación; El Estado social de derecho en la Constitución, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.
 131. Carmona Cuenca, Encarnación; “La Consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial”, en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín y Carrasco Durán, Manuel (Editores); Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra) 2006, 2 tomos.
 132. Canelutti, Francisco; Instituciones del proceso civil, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1959.
 133. Carnota Walter; Curso de derecho constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.
 134. Carnota, Walter; Instituciones de derecho público, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.
 135. Carnota, Walter; “El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Revista Jurídica La Ley, Doctrina Esenciales de Derecho Constitucional, tomo II, enero de 2008.
 136. Carnota, Walter; “Haber jubilarlo. 82% móvil”, en Revista Jurídica La Ley, edición de 13 de agosto de 2010, Buenos Aires.
 137. Carnota, Walter; “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, nº 15.
 138. Carpio García, Maximino; “La unidad del orden económico y los principios de unidad de mercado y de unidad de la política económica”, en Balado Manuel y José García Regueiro, La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario, Editorial Boch, Barcelona, 2003.
 139. Carpizo, Jorge; “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, nº 10, Pág. 78.
 140. Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge; Derecho constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
 141. Carrillo, Marc; “La aplicación judicial de la Constitución”, en Revista española de derecho constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto de 2004, nº 24.
 142. Casas Baamonde, María (editoria); Comentarios a la Constitución española, Editorial Wolters Kluwer España, Madrid, 2008.
 143. Cascajo Castro, José; La tutela constitucional de los derechos sociales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
 144. Cases, José; “Protección de los emigrantes: artículo 42”, en Alzaga Villaamil, Oscar; Comentario a la Constitución española de 1978, Editorial de las Cortes Generales, Madrid, 1998, 4 tomos.
 145. Cassagne, Juan Carlos Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
 146. Cassagne, Juan; La intervención administrativa, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

147. Cavallo, Bruno; "*Le privatizzazioni degli enti pubblici economici*", en Fernández Segado, Francisco; The spanish Constitution in the euriopean constitucional context", Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
148. Cicero, Karina; Servicios públicos. Control y protección, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
149. Cidoncha, Antonio; La libertad de empresa. Editorial Cívitas - Thomson, Madrid, 2006.
150. Cincunegui, Juan; "La regulación pública. Los derechos de los usuarios de servicios públicos", Revista de Administración Pública, n° 193, Ciencias de la Administración, Buenos Aires.
151. Cionfrini, Ernesto; "Constitución y sistema económico en la Ciudad de Buenos Aires", en Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (directores); Instituciones de la Ciudad de Buenos Aires, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.
152. Coase, Ronald; La empresa, el mercado y la ley, Alianza, Madrid, 1994.
153. Colautti, Carlos; "La Corte Suprema como poder del Estado", en Revista Jurídica La Ley, edición de 4 de febrero de 2002.
154. Comadira, Julio, "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENERGAS, ENRE, CNT, ETOSS)", en Revista Jurídica El Derecho, tomo 162: Pág. 1135.
155. Comanducci, Paolo; "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico" en: Carbonell, Miguel (editor); Neoconstitucionalismo(s), Editorial Trotta, Madrid, 2003. Editado también en: Revista Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n° 16, abril 2002, México, 2002.
156. Corti, Horacio; "La constitucionalización del gasto público", en Revista Lecciones y Ensayos, n° 64/65 Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995-1996.
157. Cosculluela Montaner, Luis; Derecho público económico, Editorial Iustel, Madrid, 2000.
158. Cossio Díaz, Ramón; Estado social y derechos de prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
159. Cotarelo García, Juan; "El concepto de Constitución económica y su aplicación en la Constitución española de 1978", en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, 2 tomos.
160. Cotarelo, Ramón y De Blas Guerrero, Andrés; Teoría del Estado y Sistemas Políticos; Universidad de Estudio a Distancia, Madrid, 1990.
161. Couture, Eduardo; Fundamentos de derecho procesal civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.
162. Cruz, Luis; La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos, Editorial Comares, Granada 2005.
163. Cruz Villalón, Pedro; La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
164. Cruz Villalón, Pedro; "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en Revista española de derecho constitucional, año 9, n° 25, enero-abril de 1989, Madrid.
165. Cruz Villalón, Pedro; "Política constitucional de la Unión Europea: Un marco de análisis", en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín y Carrasco Durán, Manuel (Editores); Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra) 2006, dos tomos.
166. Dalla Vía, Alberto; Transformación económica y seguridad jurídica, Editorial librería platense, La Plata, 1994.
167. Dalla Vía, Alberto; Constitución económica e interpretación reciente, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.

168. Dalla Vía, Alberto; “La ideología de la Constitución económica”, en Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, abril de 2003, La Ley 2003-C-1114.
169. Dalla Vía, Alberto; “Los aportes de Mariano Fragueiro, Pedro de Angelis y Juan Baustista Alberdi a la Constitución de 1853”, en Comunicaciones de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, junio de 2009.
170. Dalla Vía, Alberto; Derecho Constitucional Económico, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
171. Dalla Vía, Alberto; “El tratamiento constitucional de la deuda externa”, en Amaya, Jorge (coordinador); Visiones de una Constitución, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2004.
172. Dalla Vía, Alberto; “La regulación del comercio interjurisdiccional”, en Albanese, Susana; Dalla Vía, Alberto; Gargarella, Roberto; Hernández, Antonio y Sabsay, Daniel; Derecho constitucional, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.
173. Dalla Vía, Alberto y López Alfonsín, Marcelo; Aspectos constitucionales del medio ambiente, Editorial Estudio, Buenos Aires, 1994.
174. De Asís, Rafael; “La apertura constitucional: la “dignidad de la persona” y “el libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y de la paz social”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
175. De Cabo de la Vega, Antonio y Pisarello, Gerardo (compiladores); Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Luigi Ferrajoli debate con...(AA.VV.); Editorial Trotta, Madrid, 2001.
176. De Cabo de la Vega, Antonio; “Notas sobre el bloque de constitucionalidad”, en Revista Jueces para la Democracia. Información y debate, Madrid, nº 24, noviembre de 1995.
177. De Cabo Martín, Carlos; Sobre el concepto de ley. Editorial Trotta, Madrid, 2000.
178. De Cabo Martín, Carlos; La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho. Editorial Trotta, Madrid, 2002.
179. De Cabo Martín, Carlos; Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional, 2 Tomos, Editorial PPU; Barcelona, 1993.
180. De Cabo Martín, Carlos; La crisis del Estado social. Editorial PPU, Barcelona, 1986.
181. De Cabo Martín, Carlos; “El sujeto y sus derechos”, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, nº 7, primer semestre del 2001.
182. De Cabo Martín, Carlos; Teoría constitucional de la solidaridad. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.
183. De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Curso de Derecho constitucional español. Sección publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, 2 Tomos.
184. De Esteban, Jorge y González Trevijano, Pedro; Tratado de derecho constitucional, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007, 2 tomos.
185. De Jouvenel, Bertrand, Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento, Unión editorial, Madrid, 1998 [1945].
186. De Juan Asenjo, Oscar; La Constitución económica española. Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
187. De la Cruz Ferrer, Juan; Apuntes de derecho público económico. La intervención pública en la economía y en la empresa. Editorial Dykinson, Madrid, 1992.
188. De la Cruz Ferrer, Juan; Principios de regulación económica en la Unión Europea; Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
189. De la Cruz Ferrer, Juan y Cano Montejano, José; Rumbo a Europa: La ampliación al Este de la Unión Europea: Repercusiones para España. Editorial Dykinson, Madrid, 200.

190. De la Quadra Salcedo Janini, Tomás; Mercado nacional único y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
191. De la Quadra Salcedo, Tomás; Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
192. De León Arce, Alicia; Derecho de los consumidores y usuarios, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
193. De los Mozos, José Luis; “Retorno a la “galaxia” de la función social de la propiedad”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, 2 tomos.
194. De los Ríos, Fernando; Obras completas: Escritos breves, Editorial Anthropos Editorial, 1997, 3 tomos.
195. Del Real Alcalá, Alberto; Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.
196. Del Real Alcalá, Alberto; “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El término “nacionalidades como concepto jurídico indeterminado”, en: Revista Derechos y Libertades, Universidad Carlos III de Madrid, nº 11, enero-diciembre de 2002, Madrid. Publicado también en: Revista Foro de Derecho, nº 2, 2003.2004, Quito.
197. De Lucas, Javier; “La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 19, septiembre-diciembre de 1994, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
198. De Otto y Pardo, Ignacio; Obras completas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
199. De Otto y Pardo, Ignacio; Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987.
200. Dermizaky Peredo, Pablo; “Estado actual de los derechos fundamentales en Europa y América (Breve estudio de derecho comprado)”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, nº 9, Pág. 51
201. De Vedia, Agustín; Derecho constitucional y administrativo, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1964.
202. De Vega, Pedro; La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.
203. De Vega, Pedro y Morodo, Raúl; Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional. En honor a Pablo Lucas Verdú, Sección Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 3 Tomos.
204. De Vergottini, Giuseppe; Derecho Constitucional comparado; Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1983.
205. De Vergottini, Giuseppe; Las transiciones constitucionales: Desarrollo y crisis del constitucionalismo a finales del siglo XX.; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
206. De Vergottini, Giuseppe; Diritto Costituzionale, CEDAM, Padova, 2000.
207. Díaz, Elías; Estado de Derecho y sociedad democrática, Editorial Taurus, Madrid, 1966.
208. Díaz, Elías De la institución a la Constitución. Política y cultura en la España del Siglo XX, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
209. Díaz Lema, José; “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas-públicas?”, en Revista de administración pública, nº 120, septiembre-diciembre de 1989, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
210. Díez, Manuel; Derecho administrativo, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1969.
211. Díez de Velazco, Manuel; Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

212. Díez-Picazo, Luis; “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la constitución”, en Martín Retortillo, Sebastián (coordinador); Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Cívitas, Madrid, 1991, 2 tomos.
213. Díez Picazo, Luis; Sistema de derechos fundamentales, Editorial Cívitas, Madrid, 2003.
214. Díez Picazo, Luis; “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, en Revista española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, nº 34, enero-abril de 1992, Pág. 19.
215. D’Oliveira Martins, Guilherme; “La Constitución económica portuguesa: del programa a la mediación”, en Revista Estudios Políticos, nº. 60/61, abril-septiembre de 1988.
216. Donaire Villa, Francisco; “La genérica caracterización (y algunos rasgos definitorios específicos) del derecho al trabajo en la jurisprudencia constitucional” (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.
217. Doyal, Len y Gough, Ian; Teoría de las necesidades humanas; Editorial ICARIA, Barcelona, 1994.
218. Dromi, Roberto, Reforma del Estado y privatizaciones, Astrea, Buenos Aires, 1991.
219. Dromi, Roberto; Manual de derecho administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.
220. Dromi, Roberto; Empresas públicas. De estatales a privadas, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997
221. Duguit, León; Manual de derecho constitucional, Editorial Comares, Granada, 2005 (1907).
222. Durante, Alfredo; Lecciones de constitucionalismo social, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.
223. Duque Domínguez, Justino; “Iniciativa privada y empresa”, en: Sánchez Agesta, Luis (coordinador); Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977.
224. Duverger, Maurice; Sociología política, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970.
225. Duverger, Maurice; Instituciones políticas y derecho constitucional, Editorial Ariel, Barcelona, 1963.
226. Dworkin, Roland; Los derechos en serio; Editorial Ariel, Barcelona, 2002.
227. Dworkin, Ronald; Liberalismo, Constitución y Democracia, Editorial La isla de la Luna, Buenos Aires, 2003.
228. Eco, Humberto; Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura, Gedisa, Barcelona, 1995.
229. Ehmke, Horst; “Economía y Constitución”, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 5, enero-julio de 2006, Universidad de Granada, Granada, Págs. 329 a 380.
230. Ekmekdjian, Miguel; Tratado de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, 4 tomos.
231. Embid Irujo, Antonio (director); El derecho a un medio ambiente adecuado, Editorial Iustel, Madrid, 2008.
232. Erhard, Ludwig; Bienestar para todos, Fundación Ignacio Villalonga, Valencia, 1957.
233. Escuin Palop, Vicente; Elementos de derecho público, Editorial Tecnos, Madrid, 1997
234. Espinar Vicente, José; Tratado elemental de derecho internacional privado, Servicio de publicaciones de Universidad de Alcalá. Madrid, 2008.
235. Eucken, Walter; Cuestiones fundamentales de la economía política, Revista de Occidente, Madrid, 1947.
236. Eucken, Walter; Fundamentos de política económica, Ediciones Rialp, Madrid, 1956.
237. Escobar Roca, Guillermo; La ordenación constitucional del medio ambiente, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

238. Escribano Collado, Pedro; “El orden económico en la Constitución española de 1978”, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 14, mayo-agosto de 1985.
239. Fabre Cécile; *Social rights under the constitution. Government and the decent life*. Oxford University Press, Oxford 2000 (a la fecha sin traducción al castellano).
240. Favoreu, Louis; “El bloque de la Constitucionalidad”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero-marzo 1990, nº 5.
241. Fayt, Carlos; Derecho político, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988, 2 tomos.
242. Fayt, Carlos; Teoría de la política en el Siglo XXI. La política, el poder y el Estado. La democratización de la democracia, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.
243. Fayt, Carlos; “Los derechos sociales en la Constitución nacional”, en Revista Jurídica La Ley, Tomo 2008-A-779, Buenos Aires, 2008.
244. Fernández Miranda Campoamor, Alfonso; “El Estado social”, en Revista española de Derecho Constitucional, nº 69, Madrid, 2003.
245. Fernández-Espinar y López, Luis; “El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero”, Revista de Administración Pública, nº 111, septiembre-diciembre de 1986, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid
246. Fernández Segado, Francisco (coordinador); La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
247. Fernández Segado, Francisco; El sistema constitucional español, Editorial Dykinson, Madrid, 1992.
248. Fernández Segado, Francisco; “España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional”, en Fernández Segado, Francisco y otros; La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
249. Fernández Segado, Francisco; La jurisdicción constitucional en España, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
250. Fernández Segado, Francisco; *The spanish Constitution in the euriopean constitutional context*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
251. Fernández Rodríguez, Carmen; “El interés público y privado en la protección de los derechos de propiedad intelectual (A propósito de las nuevas posibilidades de regulación de las descargas en red de obras creativas)”, en Revista de administración pública, nº 183, septiembre-diciembre de 2010, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
252. Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón; “Reflexiones constitucionales sobre la libertad de empresa”, en AA.VV. Estudios en Homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1988, 2 tomos.
253. Ferrajoli, Luigi; “Derechos fundamentales” en: De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo; Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales; Editorial Trotta, Madrid, 2001.
254. Ferrajoli, Luigi; “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales” en: De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (editores); Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales; Editorial Trotta, Madrid, 2001.
255. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; “Mauro Cappelletti y el Derecho procesal constitucional comparado”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, nº 13.
256. Fioravanti, Maurizio; Constitución. De la antigüedad a nuestros días, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
257. Floria, Carlos; Análisis introductorio de la política y el Estado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.
258. Font Galán, Juan; Constitución económica y derecho de la competencia, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

259. Forsthoff, Ernst; “Conciencia y esencia del Estado social de derecho”, en Abendroth, Wolfgang, Forsthoff, Ernst y Doebling, Karl; El Estado social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
260. Foucault, Michel; Nacimiento de la biopolítica, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004 [conferencias de los años 1978 y 1979].
261. Fukuyama, Francis; El fin de la historia y el último hombre, Planeta, Barcelona, 1992.
262. Furtado, Celso; El capitalismo global, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
263. Gálvez Montes, Javier; “Artículo 42”, en: Garrido Falla, Fernando y otros; Comentarios de la Constitución, Editorial Cívitas, Madrid, 2001.
264. García de Enterría, Eduardo; La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Cívitas, Madrid, 1981.
265. García de Enterría, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Cívitas, Madrid, 1999.
266. García de Enterría, Eduardo; La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa, Editorial Thomson Reuters, Madrid, 2001.
267. García de Enterría, Eduardo; “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en Cosculluela Montaner, Luis; Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Cívitas, Madrid, 2003.
268. García de Enterría, Eduardo; “La ley de expropiación forzosa de 1954, medio siglo después”, en Revista de administración pública, nº 156, septiembre-diciembre de 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
269. García de Enterría, Eduardo; “La actividad industrial y mercantil de los municipios” en Revista de la Administración Pública, nº 17, Madrid, 1955.
270. García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás, Ramón; Curso de derecho administrativo, Madrid, Editorial Cívitas, Madrid 1999, 2 tomos.
271. García Lema, La reforma por dentro, Planeta, Buenos Aires, 1994.
272. García Macho, Ricardo; “Comentario a la Sentencia de 1 de marzo de 1979 del Tribunal Constitucional federal alemán sobre cogestión”, en Revista de administración pública, Centro de Estudios Constitucionales, nº 89, Madrid, mayo-agosto de 1979.
273. García Macho, Ricardo; “Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad”, en Revista catalana de dret públic, nº 37, Barcelona, 2009.
274. García Martínez, Asunción; “Sinopsis artículos 47, 50 y 51”, Constitución española, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.
275. García Moncó, Alfonso; Libre circulación de capitales en la Unión Europea: Problemas tributarios, Editorial Cívitas, Madrid, 1999.
276. García Morales, Aniza; La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2003.
277. García Murcia, Joaquín; “Derecho a una remuneración suficiente”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
278. García Pelayo, Manuel; Obras completas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, 3 tomos
279. García Pelayo, Manuel; Derecho Constitucional comparado; Editorial Alianza Manuales, Madrid, 1999.
280. García Pelayo, Manuel; “Consideraciones sobre las cláusulas económicas” en Estudios sobre la Constitución económica de 1978, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979.

281. García Pelayo, Manuel; Las transformaciones del Estado contemporáneo, Editorial Alianza Universidad, Madrid, 1995.
282. García Pelayo, Manuel; Derecho constitucional comparado, Editorial Alianza, Madrid, 1984.
283. García Roca, Javier; “¿Existe un derecho a crear televisión?” en Revista Derecho Privado y Constitución, nº 109 Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.
284. García Roca, Javier; “El concepto actual de la autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, en López Guerra, Luis; Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Dr. Joaquín García Morillo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
285. García Roca, Javier; El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Editorial Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
286. García Roca, Javier; Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2009.
287. García Roca, Javier; “Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia”, en: La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
288. García Roca, Javier; “La decostruzione della legge del parlamento” en Rolla, Giancarlo ed Ceccherini, Elenonora; (ed.) Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna, Giappichelli, Turín 1997.
289. García Roca, Javier y Santolaya Machetti, Pablo (coordinadores); La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
290. García Vitoria, Ignacio; La libertad de empresa ¿un terrible derecho?, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
291. García Vitoria, Ignacio; Prohibiciones ambientales y libertad de empresa, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004.
292. Gargarella, Roberto (compilador); Teoría y crítica del derecho constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 2 tomos.
293. Garrido Falla, Fernando; “El artículo 53 de la Constitución”, en Revista Española de derecho administrativo, Cívitas, Madrid, nº 21, 1979.
294. Garrido Falla, Fernando; “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en Revista Española de Derecho Administrativo, nº 29, Madrid, 1981.
295. Garrido Falla, Fernando y otros; Comentarios de la Constitución, Editorial Cívitas, Madrid, 2001.
296. Gavara de Cara, Juan; La dimensión objetiva de los derechos sociales, Editorial Bosh, Barcelona, 2010.
297. Gelli, María Angélica; Constitución de la Nación argentina, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, 2 tomos.
298. Gelli, María Angélica; “El caso ‘Smith’ (o la razonabilidad cuestionada)”, en Revista Jurídica La Ley, edición de 20 de febrero de 2002.
299. Gerchunoff, Pablo, Las privatizaciones en Argentina. Primera Etapa, ITDT, Buenos Aires, 1992.
300. Gil Domínguez, Andrés; La regla de reconocimiento constitucional argentina, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.
301. Gil Domínguez, Andrés; Escritos sobre neoconstitucionalismo, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.
302. Gil Domínguez, Andrés; Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005.

303. Gil Domínguez, Andrés; Constitución económica y derechos económicos, sociales y culturales, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
304. Gil Domínguez, Andrés; “Derecho constitucional de la propiedad intelectual”, Revista Jurídica La Ley, edición del 27 de febrero de 2009.
305. Gil Domínguez, Andrés; Constitución, emergencia y amparo, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
306. Gil Domínguez, Andrés; Ambiente, futuridad y discurso jurídico”, en Revista Jurídica La Ley, 22 de octubre de 2010, Buenos Aires, 2010.
307. Goldschmidt, Werner; “La alonomología (alias Ciencia del derecho comparado)”, en Revista jurídica El Derecho, Buenos Aires, tomo 77, Pág. 861.
308. Gómes Canotilho, José; Teoría de la Constitución, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
309. Gómes Canotilho, José; “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, en Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, sep-nov. 1988.
310. Gómez Calero, Juan; Los derechos de los consumidores y usuarios, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.
311. Gómez-Ferrer Morant, Rafael; “Unidad de mercado y captación de inversiones: perspectiva constitucional”, en: Cosculluela Montaner, Luis; Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Cívitas, Madrid, 2003.
312. Gómez Montoro, Angel; “La titularidad de derechos por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 65, mayo-agosto de 2002, Madrid.
313. Gómez Orfanel, Germán; “La defensa de la democracia en la República de República de Weimar” en De Vega, Pedro y Morodo, Raúl; Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional. En honor a Pablo Lucas Verdú, Sección Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 3 Tomos.
314. Gómez Orfanel, Germán; “El final de la República de Weimar y Carl Schmitt”, en Negro Pavón, Dalmacio; Estudios sobre Carl Schmitt, Fundación Cánovas del Castillo – Madrid Veintinueve, Madrid, 1996.
315. Gómez Orfanel, Germán y Arroyo Gil, Antonio; El reparto territorial de facultades legislativas y el *Bundesrat* en el federalismo alemán (1871-2006) en Cuadernos de Derecho Público, Instituto Nacional de Administración Pública, nº 26, Madrid, septiembre-diciembre de 2005.
316. Gómez Orfanell, Germán (editor); Las constituciones de los Estados de la Unión Europea, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
317. González Blanch, Francisco; Fundamentos del análisis económico de la regulación; Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.
318. González Calderón, Juan; Curso de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988 [1923].
319. González Encinar, José; El estado unitario-federal Editorial Tecnos, Madrid, 1985.
320. González Trevijano, Pedro; La España constitucional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
321. Gordillo, Agustín; Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, 4 tomos, Buenos Aires, 2003.
322. Gordillo, Agustín; Después de la reforma del Estado, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 1996.
323. Gordillo, Agustín; El método en derecho, Editorial Cívitas, Madrid, 1988.
324. Gozzi, Gustavo; voz: “Estado contemporáneo”, en Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco; Diccionario de política, Siglo XXI, Madrid, 1998.
325. Grisolia, Julio; Derecho del trabajo y de la seguridad social, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.

326. Grimm, Dieter; Constitucionalismo y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
327. Guastini, Riccardo; Estudios de teoría constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
328. Guastini, Riccardo; Lecciones de teoría del Derecho y del Estado, Editorial Comunitas, Lima, 2010.
329. Guastini, Riccardo; Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Gedisa, Barcelona, 1999.
330. Guevara Palacios, Augusto; “La culturización del ambiente”, en: Bidart Campos, Germán y Gil Domínguez, Andrés (coordinadores); A una década de la reforma constitucional. 1994-2004, editorial ediar, Buenos Aires, 2004, Pág. 233.
331. Guillén Caramés, Javier; El estatuto jurídico de los consumidores. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración, Editorial Cívitas, Cízur Menor (Navarra), 2002.
332. Gurvitch, Georges; La idea del derecho social, Editorial Comares, Granada, 2005 [1932].
333. Häberle, Peter; Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional; Editorial Trotta, Madrid, 1998.
334. Häberle, Peter; El Estado constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
335. Häberle, Peter; “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en: Fernández Segado, Francisco (coordinador); Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
336. Habermas, Jürgen; Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en término de teoría del discurso. Editorial Trotta, Madrid, 1998.
337. Habermas Jürgen; La lógica de las ciencias sociales, Editorial Tecnos, Madrid, 1990
338. Habermas Jürgen; Conocimiento e interés, Editorial Taurus, Madrid, 1982
339. Hågerström, Axel; Philosophy and religion, George Allen and Unwin, Londres 1965 [1928] (a la fecha sin traducción al castellano).
340. Hamilton, Alexander y otros; El Federalista; Fondo de Cultura Económica, México, 2001[1780].
341. Haro, Ricardo; “Algunas reflexiones sobre la influencia de la Constitución española de 1978 en el constitucionalismo americano”, en: Fernández Segado, Francisco y otros; La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Pág. 57;
342. Hauriou, Maurice; Principios de derecho público y constitucional, Editorial Comares, Granada, 2003 [1923].
343. Hayek, Friedrich; Derecho, legislación y libertad, Unión editorial, 5 Edición, Madrid, 1979.
344. Hayek, Friedrich; Los fundamentos de la libertad, Unión editorial, 5 Edición, Madrid, 1991.
345. Hayek, Fredrich; La fatal arrogancia. Los errores del socialismo, Unión Editorial, Madrid, 1990
346. Heller, Hermann; Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México 1955 [1934].
347. Hobbes, Thomas; Leviatán, Editorial Alianza, México, 2006 [1651].
348. Hesse, Konrad; Escritos de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
349. Hesse, Kornad; “Significado de los Derechos Fundamentales”; en Benda, Ernesto; Hesse, Conrado; Maihofer, Werner y otros; Manual de Derecho Constitucional, Segunda edición en castellano, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.
350. Hernández, Antonio; “Emergencia y afectación del orden constitucional y de los derechos”, en Belsunce García, Horario (coordinador); Estudios de derecho constitucional tributario, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.

351. Hernández, Antonio; “La influencia de la constitución española de 1978 en el constitucionalismo provincial argentino” en: Fernández Segado, Francisco y otros; La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Pág. 103.
352. Herrero de Miñón, Miguel “La Constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración”, en Revista española de Derecho Constitucional, n°. 57, septiembre-diciembre de 1999, Madrid.
353. Hitters, Juan; “Algo más sobre el proceso trasnacional” en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (compilador); Derecho procesal constitucional, Editorial Porrúa, México, 2001, 2 tomos.
354. Holmes, Oliver Wendell Jr. The common law, Little Brown, Boston, 1923.
355. Holmes Stephen y Sunstein, Cass; El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2001
356. Hume, David; Tratado de la naturaleza humana: Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales, Editorial Cervantes y Universidad de Alicante, Alicante, 2007 [1739 y 1740].
357. Hutchinson, Tomás; “Emergencia, Constitución y después”; en Miljiker, María (coordinadora); El derecho administrativo de la emergencia I, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2002.
358. Isuani, Ernesto, Lo Vuolo, Rubén y Tenti Fanfani, Emilio, El Estado Benefactor. Un paradigma en crisis, Miño y Dávila, Buenos Aires, 1991.
359. Iturmendi Morales, José; “Derecho, sanidad y derecho a la protección de la salud en un contexto social, cultural, económico y tecnológico en transformación”, en: Martínez y Hernández, Eduardo; García Perulles, Luis y Barón Crespo, Enrique; Tratado del derecho a la protección de la salud, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.
360. Jaria I Manzanazo, Jordi; El sistema constitucional de protecció del medi ambient, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2005
361. Jaria I Manzanazo, Jordi; La cuestión ambiental y la transformación de los público, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
362. Jellinek, Georg; Teoría general del Estado, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954 [1905].
363. Jellinek, Georg; Reforma y mutación de la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991 [1906].
364. Jellinek, Georg; La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000 [1895].
365. Jellinek, Georg; Sistema dei diritti pubblici subbiettivi, Società editrice libraria, Milano, 1919 [1892] (a la fecha sin traducción al castellano).
366. Jiménez-Blanco de Albornoz, Antonio; “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
367. Jiménez Campos, Javier; Derecho fundamentales. Concepto y garantías; Editorial Trotta; Madrid, 1999.
368. Jiménez Campos, Javier; “Contra la Constitución material”, en AA.VV.; Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, 2 tomos.
369. Jiménez de Asúa, Luis; “Prefacio:”, en: De los Ríos, Fernando; ¿A dónde va el Estado?, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1951.
370. Jiménez de Parga, Manuel; Los regímenes políticos contemporáneos, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
371. Jiménez, Eduardo; Derecho constitucional argentino, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001, 2 tomos.

372. Jiménez, Eduardo; “Los tratados sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos” en Revista Jurídica El Derecho, Buenos Aires, tomo 163, Pág. 900.
373. Jiménez, Eduardo; “¿Combustible quemado o desechos radioactivos?”, en Revista Jurídica La Ley, 10 de septiembre de 2010, Buenos Aires, 2010, publicado también en: Slavin, Pablo (coordinador); X Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Edición del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad de Mar del Plata y Editorial Suárez, Mar del Plata, 2010.
374. Jiménez Horwitz, Margarita; “La protección del derecho de propiedad en el marco del Convenio de Roma (Sobre la Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex-rey de Grecia y otros c./ Grecia)”, en Revista Derecho Privado y Constitución, n° 15, enero-diciembre de 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
375. Jiménez Piernas, Carlos; Introducción al derecho internacional público. Práctica española. Editorial Tecnos, Madrid, 2009.
376. Kāgi, Werner; La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
377. Kelsen, Hans; Compendio esquemático de una teoría general del Estado, Nuñez y comp. S en C, Barcelona, 1926.
378. Kelsen, Hans; Teoría pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987 [1934].
379. Kelsen, Hans; Teoría general del Estado, Editorial Comares, Granada, 2002 [1925].
380. Kelsen, Hans; El Estado como integración. Una controversia de principio, Editorial Tecnos, Madrid, 1997 [1930].
381. Keynes, John Maynard; Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero, Ediciones Aosta, Madrid, 1998 [1936].
382. Keynes, John Maynard; Breve tratado sobre la reforma monetaria, Fondo de Cultura Económica, México 1996 [1923].
383. Kuhn, Thomas; La estructura de las revoluciones científicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.
384. La Pérgola, Antonio; Constitución del Estado y normas internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985 [1961].
385. Lasalle Ferdinand; ¿Qué es una Constitución?, Editorial Cenit, Madrid, 1931 [primera conferencia del mes de abril de 1862].
386. Lasarte Alvarez, Carlos; Manual sobre la protección de los consumidores y usuarios, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
387. Lascano, Julio; Los derechos de aduana, Editorial Buyatti, Buenos Aires, 2007.
388. Larrazábal Basañez, Santiago; Curso de Derecho Constitucional, Editorial Deusto, Bilbao, 2008, 2 tomos.
389. Linares, Juan; Razonabilidad de las leyes, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.
390. Linares Quintana, Segundo; La nueva ciencia política y constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
391. Linares Quintana, Segundo; Derecho Constitucional e instituciones políticas, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, 9 tomos.
392. Linares Quintana, Segundo; Tratado de interpretación constitucional, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, 2 tomos.
393. Linde Paniagua, Enrique; Introducción al sistema económico en la constitución española, Valencia, s/d, 1987.
394. Locke, John; Ensayo sobre el Gobierno Civil, Editorial Gradifco, Buenos Aires, 2005 [1690].
395. Locke, John; Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil Editorial Altaya, Buenos Aires 1994 [1690].
396. Loewenstein, Karl; Teoría de la Constitución; Segunda Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

397. Loperena Rota, Demetrio; El derecho al medioambiente adecuado, Editorial Cívitas, Madrid, 1996.
398. López Aguilar, Juan Fernando; “La presencia del derecho de fundación en la Constitución española de 1978”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado; XV Jornadas de estudio: El sistema económico en la Constitución española, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, 2 tomos.
399. López Castillo, Antonio; Constitución e integración, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
400. López Garrido, Diego; “Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica”, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto de 1993, nº 15, Madrid.
401. López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marcos y Pegoraro Lucio; Nuevo Derecho constitucional comparado, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
402. López Guerra Luis; Espin Eduardo; García Morillo Joaquín; Pérez Tremps, Pablo y Satrustegui, Miguel; Derecho Constitucional. Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
403. López y López, Ángel; La disciplina constitucional de la propiedad privada, Editorial Tecnos, Madrid, 1988.
404. López y López, Ángel; “La garantía institucional de la herencia”, en Revista derecho privado y Constitución, nº 3, mayo-agosto de 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
405. López Menudo, Francisco; “El derecho a la protección del medio ambiente”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 10, septiembre-diciembre de 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
406. López Pina, Antonio y Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio; Elementos de derecho público, Marcial Pons, Madrid, 2002
407. Louis, Víctor; Del sistema monetario europeo a la unión monetaria, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
408. Louzán de Solimano, Nelly; Curso de historia e instituciones de derecho romano, Editorial Lumiere, Buenos Aires, 2001.
409. Lorenzetti, Ricardo; Consumidores, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009.
410. Lorenzetti, Ricardo; Razonamiento judicial. Fundamentos de derecho privado, Editorial Grijley, Lima, 2006.
411. Lucas Murillo de la Cueva, Enrique; “Derecho de asociación”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica Editorial Comares, Granada, 2002.
412. Lucas Verdú, Pablo; Curso de Derecho Político, Tercera Edición, Editorial Tecnos, 5 Tomos, Madrid, 1986.
413. Lucas Verdú, Pablo; Principios de ciencia política, Editorial Tecnos, 2 tomos, Madrid, 1967.
414. Lucas Verdú, Pablo; El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política), Editorial Reus, Madrid, 1985.
415. Lucas Verdú, Pablo; Estudios sobre el proyecto de constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978.
416. Lucas Verdú, Pablo y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo; Manual de derecho político, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, 2 tomos.
417. Maquiavelo, Nicolás; El príncipe, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1984 [1532].
418. Maestro Buelga, Gonzalo; “Constitución económica y modelo social europeo”, Boletín de la Academia Vasca de Derecho, nº 15, Bilbao, 2008.
419. Maestro Buelga, Gonzalo; “Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 8, julio-diciembre de 2007, Universidad de Granada, Granada.

420. Maestro Huelga, Gonzalo; “Constitución económica e integración europea”, en Revista de Derecho Político, Universidad de Educación a Distancia (UNED), Madrid, nº 54, enero de 2002.
421. Malamud Goti, Jaime; “Aspectos penales de la nueva ley de abastecimiento (ley 20.680), en Revista Jurídica El Derecho, Tomo 57, Pág. 843, Buenos Aires, 1975.
422. Malaret I García, Elisenda; “Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?, en Revista de Estudio de la Administración Pública Local. Homenaje a Sebastián Martín Retortillo. nº. 291, enero-abril, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 2003.
423. Malaret I García, Elisenda; Régimen jurídico administrativo de la reconversión industrial, Editorial Cívitas, Madrid, 1991.
424. Mangas Martín, Araceli y Liñan Nogueiras, Diego, Instituciones y derecho de la Unión Europea, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
425. Marcos de la Fuente, Juan; La economía social de mercado, Unión Editorial Madrid, 1978.
426. Marienhoff, Miguel; Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.
427. Marienhoff, Miguel; Tratado de derecho administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
428. Mariño Menéndez, Fernando; Derecho internacional público (parte general), Editorial Trotta, Madrid, 1993.
429. María de Lojendio, Ignacio; “Derecho constitucional económico”, en Sánchez Agesta, Luis (coordinador); Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977.
430. Martín Mateo, Ramón; Tratado de derecho ambiental, Editorial Trivium, IV tomos, Madrid, 2003;
431. Martín Mateo, Ramón; Derecho Público de la Economía; Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1985.
432. Martín Mateo, Ramón; “La calidad de vida como valor jurídico”, Revista de Administración Pública, nº 117, septiembre-diciembre de 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
433. Martín Rebollo, Luis; Constitución española, Editorial Aranzadi Thomson, Madrid, 2003.
434. Martín Retortillo Baquer, Sebastián; Derecho administrativo económico; Editorial La Ley. Madrid, 1988.
435. Martín Retortillo Baquer, Lorenzo; Méritos o Botín y otros retos de la democracia, Editorial Aranzadi, Elcano, Navarra, 2000.
436. Martín Retortillo Baquer, Lorenzo; La Europa de los derechos humanos, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1998.
437. Martín Retortillo Baquer, Lorenzo; Vías concurrentes para la protección de los Derechos Humanos, Editorial Aranzadi, Madrid, 2006.
438. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo; “La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces jurisdiccionales en la constitución española”, en AA.VV.; La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, Congreso de los Diputados – Tribunal Constitucional – Universidad Complutense de Madrid – Fundación Ortega y Gasset y centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
439. Martín Retortillo Baquer, Lorenzo y De Otto y Pardo, Ignacio; Derechos fundamentales y Constitución; Editorial Cívitas, Madrid, 1988.
440. Martín Retortillo Baquer, Lorenzo; “El derecho de acceso a los servicios de interés económico general”, en Cosculluela Montaner, Luis; Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Cívitas, Madrid, 2003.

441. Martínez y Hernández, Eduardo; García Perulles, Luis y Barón Crespo, Enrique; Tratado del derecho a la protección de la salud, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.
442. Martínez Sierra, Manuel; La recepción constitucional del derecho comunitario, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
443. Mayer, Otto; Derecho administrativo alemán, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951 [1895], 4 tomos.
444. Menger, Antonio; El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista), Editorial Comares, Granada, 2004 [1886].
445. Messner, Verena; “El sistema de financiación del Estado federal de Austria” en Revista española de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril de 2010, nº 88.
446. Milione, Ciro; entre otros. Con anterioridad, García de Enterría, Eduardo; “El valor en Derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm I, Madrid, 1987.
447. Millán Moro, Lucía; “El ordenamiento jurídico comunitario: Del tratado constitucional al tratado de Lisboa” en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 36, mayo-agosto de 2010.
448. Molas, Isidre; Derecho constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
449. Molina del Pozo, Carlos; Manual de Derecho de la Comunidad Europea, Editorial Dijusa, Madrid, 2002.
450. Molina del Pozo, Carlos; “El derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud y seguridad”, Revista de Administración Pública, nº 100-102, enero-diciembre de 1983, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
451. Monereo Pérez José; “La huelga”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
452. Monereo Pérez, José; “El derecho a la protección de las personas con minusvalías”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
453. Monereo Pérez, José y Molina Navarrete, Cristóbal; “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
454. Morello, Augusto; “Los derechos del hombre de las tercera y cuarta generaciones”, en Estudios de derecho procesal: nuevas demandas, nuevas respuestas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 2 volúmenes.
455. Morello, Augusto; “El corralito procesal y su inconstitucionalidad”, en Revista Jurídica El Derecho, edición de 20 de febrero de 2002.
456. Mortati, Constantino; La Constitución en sentido material, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.
457. Mortati, Constantino; Instituzioni di diritto pubblico, Padova, 1962, 2 tomos (sin traducción al castellano a la fecha).
458. Mosquera Monelos, Susana; “El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea”, en Konrad Adenauer Stiftung; Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Editorial Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, 2 tomos.
459. Müller-Armak, Alfred; Economía dirigida y economía de mercado, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1963.
460. Muñoz Castillo, José; El derecho a una vivienda digna y adecuada, Editorial Colex, Madrid, 2000.

461. Muñoz Machado, Santiago; “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”; en Cosculluela Montaner, Luis; Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Cívitas, Madrid, 2003.
462. Muñoz Machado, Santiago; “Las expropiaciones parciales”, en Revista de administración pública, nº 81, septiembre-diciembre de 1976, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
463. Nallar, Daniel, El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.
464. Navas Castillo, Antonia y Navas Castillo, Florentina; Derecho constitucional: Estado constitucional, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
465. Negretto, Gabriel; El problema de la emergencia económica en el sistema constitucional, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1993.
466. Nieto García, Alejandro; “Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa”, en Revista de administración pública, nº 38, mayo-agosto de 1962, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
467. Nieto García, Alejandro; El pensamiento burocrático, Comares, Granada, 2002.
468. Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín; Las limitaciones del conocimiento jurídico, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
469. Nino, Carlos; Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992.
470. Nino, Carlos; Introducción al análisis del derecho. Décima edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2001.
471. Nozick, Robert; Anarquía, Estado y utopía. Fondo de Cultura Económica, México, 1990.
472. Nozick, Robert; La naturaleza de la racionalidad. Editorial Paidós, Barcelona, 1995.
473. O'Donnell, Guillermo; El Estado burocrático autoritario, Editorial Prometeo, Buenos Aires 2010 [1982];
474. Orlansky, Dora, “Las políticas de descentralización”, en Desarrollo Económico, 151, IDES, Buenos Aires, 1998.
475. Oszlak, Oscar (comp.), Teoría de la Burocracia Estatal, Paidós, Buenos Aires, 1984.
476. Oszlak, Oscar y O'Donnell, Guillermo, “Estado y Políticas Estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación”, en Revista Venezolana de Desarrollo Administrativo, Nro. 1, Caracas, 1982.
477. Oszlak, Oscar; La formación del Estado argentino, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1985.
478. Offe, Claus; Contradicciones del Estado de bienestar, Alianza, Madrid, 1990.
479. Olivecrona, Karl; El Derecho como hecho; Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, 1959 [1939].
480. Olivecrona, Karl; El imperativo de la ley, Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, 1959 [1942].
481. Orlandi, Hipólito (compilador); Las instituciones políticas de gobierno, Eudeba, Buenos Aires, 1998.
482. Ossenhül, Frank; “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en Revista española de Derecho Constitucional Número 32, (1991).
483. Ortega, Luis; “El derecho a un medio ambiente adecuado y la calidad de vida”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
484. Padilla, Miguel; “Inconstitucionalidad de la ley 20.680”, en Revista Jurídica El Derecho, Tomo 112, Pág. 901, Buenos Aires, 1985.
485. Palomeque López, Manuel; Los derechos laborales en la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
486. Palombela, Gianluigi; La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

487. Papier, Juan; “Ley fundamental y orden económico”, en Benda, Ernest; Maihofer, Werner; Vogel, Juan, Hesse, Konrad y Heyde, Wolfgang; Manual de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.
488. Parada Vázquez, José; “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas. El caso RUMASA” en Revista de Administración Pública nº 100, Madrid, 1999.
489. Parejo Alfonso, Luciano; “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en: López Guerra, Luis; Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
490. Parejo Alfonso, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 1, nº 3, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 1981.
491. Parejo Alfonso, Luciano; “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 8 de abril de 1981”, en Revista española de derecho constitucional, vol. 1, nº 3, septiembre-diciembre de 1981.
492. Pastor Ridruejo, José; Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
493. Paz-Ares, Cándido y Alfaro Aguila, Jesús; “Artículo 38”, en Casas Baamonde, María (editoria); Comentarios a la Constitución española, Editorial Wolters Kluwer España, Madrid, 2008.
494. Paz-Ares, Cándido y Aguila Real, Jesús; “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 357.
495. Peces Barba Martínez, Gregorio; Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general. Edición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado español, Madrid, 1995.
496. Peces Barba Martínez, Gregorio; Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política); Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
497. Peces Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio y De Asis Roig, Rafael (directores); Historia de los Derechos Fundamentales; Editorial Dykinson, Madrid, 2001, 2 Tomos.
498. Peces Barba Martínez, Gregorio; Lecciones de derechos fundamentales, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, 2 tomos.
499. Pegoraro, Lucio; “El derecho comparado y la constitución española de 1978. La recepción y ‘exportación’ de modelos”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, nº 9.
500. Pegoraro, Lucio; “La utilización del Derecho Comparado por parte de las Cortes constitucionales: Un análisis comparado”, en Revista de Derecho Público Comparado, Editorial Iustel y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, nº 1, septiembre de 2007.
501. Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo; Las fuentes en el derecho comprado: (con especial referencia al derecho constitucional), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Madrid, 2003.
502. Peinado García, Juan; “El derecho a la protección de los consumidores”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.

503. Peralta Martínez, Ramón; La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; Madrid, 1994.
504. Peralta Martínez, Ramón; La Constitución como sistema de libertad, Editorial Actas, Madrid, 2008.
505. Pérez Ayala, Andoni; “La seguridad social en la Constitución (artículo 41 de la Constitución española”, en Tajadura Tejada, Javier (director); Las principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
506. Pérez Escalona, Susana; El derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
507. Pérez Hualde, Alejandro; Constitución y economía, Editorial Depalma e Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Buenos Aires, 2000.
508. Pérez Luño, Enrique; Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
509. Pérez Luño, Antoño; La seguridad jurídica; Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
510. Pérez Luño, Antonio; La tercera generación de derechos humanos; Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006,
511. Pérez Luño, Antonio; “La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada”, en Revista Isegoria, Instituto de Filosofía del CSIC, nº 22, Madrid, 2000.
512. Pérez Luño, Antonio “Las generaciones de derechos fundamentales”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº. 10, Madrid, 1991.
513. Pérez Royo, Javier; Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994.
514. Pérez Royo, Javier; “Crónica jurídica de la reforma agraria andaluza”, Revista jurídica de Navarra, nº 5, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1988.
515. Pérez Tremps, Pablo; “Constitución española y Unión europea”, en Revista española de derecho constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, mayo-agosto de 2004, nº 71.
516. Pigretti, Eduardo; Derecho de los recursos naturales, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1982.
517. Pino, Giorgio; “Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli”, en Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 32 (2009).
518. Pintore, Anna; “Derechos insaciables”, en: De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo; Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
519. Pisarello, Gerardo; Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible, Editorial Icaria, Barcelona, 2003.
520. Pizzorusso, Alessandro; Lecciones de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 2 tomos
521. Pizzolo, Calógero; “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 2006, 2006-D, 1023.
522. Plaza Penades, Javier; El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
523. Podetti, Ramiro y Guerrero Leconte, Víctor; Tratado de las ejecuciones, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1968.
524. Podetti, Humberto; Política social, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.
525. Polanyi, Karl; La gran transformación. Crítica del liberalismo económico. Ediciones La Piqueta, Madrid, 1989.
526. Posada, Adolfo; Tratado de Derecho Político, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, 4 tomos.
527. Posner, Richard; El Análisis económico del derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
528. Posner, Richard; “Utilitarismo, economía y teoría del derecho”, en Revista Estudios Públicos, nº 69, verano 1988.

529. Predieri, Alberto; “Régimen económico y social en la Constitución italiana”, en Sánchez Agesta, Luis (coordinador); Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977.
530. Prieto de Pedro, Jesús; Cultura, culturas y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006.
531. Prieto Sanchís, Luis; Estudios sobre derechos fundamentales, Editorial Debate, Madrid, 1990.
532. Prieto Sanchís, Luis; Ideología e interpretación jurídica, Editorial Tecnos, Madrid, 1987;
533. Prieto Sanchís, Luis; Constitucionalismo y positivismo, Fontamara, México, 1987.
534. Prieto Sanchís, Luis; “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 1995, nº 22.
535. Prieto Sanchís, Luis; “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (editor); Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
536. Prieto Sanchís, Luis; Justicia constitucional y derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
537. Przeworski, Adam, Oszlak, Oscar y otros; Política y gestión pública, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.
538. Puga, Mariela, “Intervención judicial y nuevos espacios públicos. El caso de los cañones de nieve en el Cerro Chapelco y el Pueblo Mapuche” en: Gargarella, Roberto (compilador); Teoría y crítica del derecho constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 2 tomos.
539. Queralt Jiménez, Argelia; La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
540. Quesnay François “*Le tableau economique*” y otros estudios económicos, Ediciones de la Revista de trabajo, Madrid 1974 [1758].
541. Quintela Gonçalves, María; La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978, Instituto Nacional de Consumos, Madrid, 1986.
542. Quiroga Lavié, Humberto; Lecciones de derecho constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.
543. Rabasa, Emilio; El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.
544. Rabasa, Emilio; Historia de las Constituciones mexicanas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
545. Ramírez, Silvina; “Derecho de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, en: Gargarella, Roberto (compilador); Teoría y crítica del derecho constitucional, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 2 tomos.
546. Ramírez Bosco, Luis; Derecho de huelga, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
547. Ranelletti, Oreste; La garanzia della Giustizia nella Pubblica Amministrazione, Giuffrè, Milano, 1921 (a la fecha sin traducción al castellano)
548. Rascón Ortega, Juan Luis; La Constitución española de 1978, Ediciones del laberinto, Madrid, 2006.
549. Recalde, Leandro; “Sobre la participación de los trabajadores en la pérdidas de las empresas”, en Revista Jurídica La Ley, noviembre de 2010, Buenos Aires, 2010.
550. Rey Martínez, Fernando; La propiedad privada en la Constitución española, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
551. Rey Martínez, Fernando; “Derribando falacias sobre derechos sociales” (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.
552. Rey Pérez, José; El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

553. Reyes López, María (coordinadora); Derecho de consumo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
554. Ricardo, David; Principios de economía política y tributación, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1959 [1817].
555. Rivero Ysern, Enrique; “La protección del usuario de los servicios públicos”, Revista de Administración Pública, nº 87, septiembre-diciembre de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
556. Rodotà, Stefano; El terrible derecho: Estudios sobre la propiedad privada, Editorial Cívitas, Madrid, 1986.
557. Rodríguez, Angel; Integración europea y derechos fundamentales, Cívitas, Madrid, 2001.
558. Rodríguez Carrión, Alejandro; Lecciones de derecho internacional público, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.
559. Rodríguez de Santiago, José María; “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, en Revista de administración pública, nº 177, septiembre-diciembre de 2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
560. Rodríguez Olvera, Oscar; Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta, Editorial Comares, Granada, 1998.
561. Rodríguez, Sañudo, Fermín; “El Derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
562. Romano, Santi; El ordenamiento jurídico, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1963.
563. Romero López, Carlos; “La reforma agraria en Andalucía y la eficiencia económica: Algunas reflexiones”, en Revista de estudios agro-sociales, nº 141, enero-marzo de 1988, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid.
564. Röpke, Wilhelm; Civitas humana. Cuestiones fundamentales en la reforma de la sociedad y de la economía, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1949.
565. Rousseau, Juan Jacobo; Del contrato social, Editorial La Ley; Buenos Aires, 2003 [1762].
566. Rousseau, Juan Jacobo; El origen de la desigualdad entre los hombres, Ediciones Libertador, Buenos Aires 2006 [1755].
567. Rosales Cuello, Ramiro; “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, en Revista Jurídica La Ley, 23 de marzo de 2009, Buenos Aires, 2009.
568. Ross, Alf; Sobre el derecho y la justicia, Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1980 [1953].
569. Rubio Llorente, Francisco; La forma del poder (estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
570. Rubio Llorente, Francisco; “El bloque de constitucionalidad”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 1989, nº 27.
571. Rubio Llorente, Francisco; “La libertad de empresa en la Constitución”, en Iglesias Prada, Juan (coordinador); Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Cívitas, Madrid, 1996, 2 tomos.
572. Rubio Llorente, Francisco; “Los deberes constitucionales”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 62, mayo-agosto de 2001, Madrid.
573. Ruiz Miguel, Alfonso; “Derechos liberales y derechos sociales”, en Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, nº. 15/16, Volumen II, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 1994.
574. Ruiz Miguel, Carlos; “El constitucionalismo cultural”, en: Revista cuestiones constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, nº 9.

575. Ruiz-Rico Ruiz, Catalina; “La conciliación de la vida laboral, familiar, y personal en el actual contexto económico: ¿derecho social o principio rector?” (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.
576. Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; El derecho constitucional al medio ambiente: dimensión jurisdiccional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
577. Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; “El Estado social autonómico: Eficacia y alcance de las normas programático-sociales de los Estatutos de Autonomía”, en Revista española de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, nº 65, Madrid, mayo-agosto de 2002.
578. Ruiz Rico-Ruiz, Gerardo y Pérez Sola, Nicolás; “El derecho de acceso a la cultura. El derecho al desarrollo científica”, en: Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
579. Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo; “Fundamentos sociales y políticos de los derechos sociales en la Constitución española”, en Revista de Estudios Políticos, (nueva época) nº 71, enero-marzo de 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
580. Ruiz Robledo, Angel; Compendio de derecho constitucional español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
581. Sáenz Lorite, Manuel y Ferrer Rodríguez, Amparo; “¿Una reforma agraria para Andalucía?”, en: Universidad Complutense; Anales de geografía de la Universidad Complutense, nº 7, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1987.
582. Sagüés, Néstor; Elementos de Derecho Constitucional, 2 tomos, Astrea, Buenos Aires, 1997.
583. Sagüés, Néstor; “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, Revista jurídica La Ley, edición de 11 de agosto de 2010.
584. Sagüés, Néstor; “Influencia de la reforma constitucional española en la reforma constitucional argentina de 1994”, en Fernández Segado, Francisco y otros; La constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
585. Saiz Arnaiz, Alejandro; La apertura constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
586. Salomoni, Jorge; Teoría general de los servicios públicos, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
587. Sánchez Agesta, Luis; “El orden económico y social en el constitucionalismo español”, en Sánchez Agesta, Luis (coordinador); Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977.
588. Sánchez Agesta, Luis (coordinador); Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977.
589. Sánchez Agesta, Luis; Historia del constitucionalismo español (1808-1936), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1955.
590. Sánchez Agesta, Luis; Curso de derecho constitucional comparado, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988.
591. Sánchez-Arcilla Bernal, José; Compendio de historia del derecho, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.
592. Sánchez Blanco, Angel; El sistema económico de la Constitución española: Participación institucional de las autonomías territoriales y dinámica social en la economía, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Málaga, 1992.
593. Sánchez Blanco, Angel; “El consumidor ante la política de abastecimiento y ante la política comercial”, Revista de Administración Pública, nº 85, enero-abril de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

594. Sánchez Ferriz, Remedio; El Estado constitucional y sus sistema de fuentes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
595. Sánchez Ferriz, Remedio y García Soriano, María Vicenta; Funciones y órganos del Estado constitucional español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
596. Sánchez Goyanes, Enrique; Constitución española comentada; Editorial Thomson, Madrid, 2005.
597. Sánchez, Viamonte, Carlos; El constitucionalismo. Sus problemas. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
598. Santa María Pastor, Juan Alfonso; Principios de derecho administrativo general, Editorial Iustel, Madrid, 2009.
599. Santaolalla López, Fernando; Derecho constitucional, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
600. Santolaya Machetti, Pablo; “La limitación a la aplicación de las restricciones de derechos: Un genérico límite a los límites según su finalidad”, en García Roca, Javier y Santolaya Machetti, Pablo (coordinadores); La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
601. Sarmiento García, José; Concesión de servicios públicos, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
602. Sartori, Giovanni; Elementos de teoría política, Editorial Alianza, Madrid, 1992.
603. Sartori, Giovanni; “La politica comparata: premesse e problemi” en Rivista Italiana di Scienza Politica, Milano, nº 1, 1971.
604. Satrústegui, Miguel; “Derechos de ámbito económico y social”, en López Guerra, Luis y otros; Derecho constitucional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, 2 volúmenes.
605. Schmitt, Carl; La defensa de la Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1998 [1929].
606. Schmitt, Carl; Teoría de la constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982 [1927].
607. Segura, Julio; Cabrillo, Francisco y Tortilla, Gabriel; La reforma del Estado asistencial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
608. Sen, Amartya; Desarrollo y libertad; Editorial Planeta, Barcelona, 2000.
609. Sequeira Martín, Adolfo; “Defensa del Consumidor y derecho constitucional económico”, en Revista española de derecho constitucional, nº 10, enero-abril de 1984, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
610. Slavin, Luis y Slavin Pablo; Elementos de derecho político, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2001.
611. Slavin, Pablo (director); Revoluciones Burguesas: Países Bajos e Inglaterra, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2001.
612. Smend, Rudolf; Constitución y derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985 [1928].
613. Smith, Adam; Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, Alianza Editorial, México, 2002 [1776].
614. Soriano García, José Eugenio; Derecho público de la competencia, Instituto de estudios de libre comercio – Marcial Pons, Madrid, 1998.
615. Sosa Wagner, Francisco; Maestros alemanes del derecho público, Marcial Pons, Madrid, 2010.
616. Spisso, Rodolfo; Derecho constitucional tributario, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.
617. Stiglitz, Joseph; Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial, Editorial Taurus, Buenos Aires, 2010.
618. Stiglitz, Gabriel; Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios, Editorial Juris, Rosario, 1997.
619. Tajadura Tejada, Idoia; “La protección de la salud (artículo 43 de la Constitución española)”, en Tajadura Tejada, Javier (director); Las principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.

620. Tajadura Tejada, Javier; La cláusula de supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
621. Tajadura Tejada, Javier (director); Las principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
622. Tajadura Tejada, Javier; “El acceso a la cultura (artículo 44 de la Constitución española)” en Tajadura Tejada, Javier (director); Las principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
623. Tamames Gómez, Ramón y Artola Gallego, Miguel (directores), Historia de España, Editorial Alianza, Madrid, 1986, 7 tomos.
624. Tambussi, Carlos; El consumo como derecho humano, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.
625. Tenorio, Pedro; “Garantías, valor y eficacia de la cláusula del Estado social y de los derechos sociales a la luz de nuestra jurisprudencia constitucional” (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.
626. Thwaites Rey, Mabel, “La regulación de los servicios públicos privatizados. El Estado y los ciudadanos-usuarios”, en Revista Realidad Económica, 129, Buenos Aires, 1995.
627. Tierno, Galván, Enrique; Conocimiento y ciencias sociales, Editorial Tecnos, Madrid, 1966.
628. Tomás y Valiente, Francisco; Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
629. Tomás y Valiente, Francisco; Manual de historia del derecho español, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
630. Tornos Mas, Joaquín; “Libertad de horarios comerciales y marco institucional”, en Revista Derecho Privado y Constitución, nº 5, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
631. Torres del Moral, Antonio; Principios de Derecho Constitucional Español; Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; 2 Tomos; Madrid, 2004.
632. Travieso, Juan; El derecho internacional público en la Corte Suprema de Justicia, Editorial B de F, Buenos Aires, 2002, Pág. 24.
633. Truyol y Serra, Antonio; La sociedad internacional, Alianza Editorial, Madrid, 1974.
634. Truyol y Serra, Antonio; Los derechos humanos, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.
635. Unzaga Domínguez, Guillermo; “La participación del personal en la administración de la empresa”, en Revista Jurídica La Ley, Suplemento actualidad, 16 de marzo de 2006, Buenos Aires, 2006.
636. Uriarte Torrealday, Roberto; El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada, 2005.
637. Uriarte Torrealday, Roberto; “La redistribución de la renta y el pleno empleo (artículo 40 de la Constitución española)”, en Tajadura Tejada, Javier (director); Las principios rectores de la política social y económica, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
638. Valls, Mario, Derecho de la energía, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.
639. Vanossi, Jorge; Teoría de la constitución, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, 2 tomos.
640. Vaquer Caballería, Marcos; La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
641. Varela Suanzes, Joaquín; “El constitucionalismo británico entre dos revoluciones: 1688-1789”, en: Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, nº 2, Servicio de publicaciones del Gobierno del Principado de Asturias y Universidad de Oviedo, Oviedo, 2000.
642. Vanossi, Jorge; El Estado de derecho en el constitucionalismo social, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1982.

643. Vanossi, Jorge; “¿Existe un derecho constitucional comparado?”, en Revista jurídica El Derecho, Buenos Aires, tomo 65, Pág. 817.
644. Vanossi, Jorge; La reforma constitucional y la economía, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1996, Págs. 15 y ss. También publicado en Estudios de teoría constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
645. Vašák, Karel (editor); Las dimensiones internacionales de los derechos humanos, Serval, Barcelona, 1984.
646. Viciano Pastor, Roberto y Serra Cristóbal, Rosario; “Los derechos sociales y culturales conforme al derecho internacional”, en Monereo Pérez, José; Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María (directores); Comentario a la Constitución socio-económica de España, Editorial Comares, Granada, 2002.
647. Villar Palasí, José; La intervención administrativa en la industria, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
648. Villarejo Galende; Régimen jurídico de los horarios comerciales, Editorial Comares, Granada, 1999.
649. Von Bertalanffy, Ludwing; Teoría general de los sistemas. Fundamento, desarrollo y aplicaciones, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
650. Von Ihering, Rudolf; La lucha por el derecho, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1881 [1872].
651. Von Ihering, Rudolf; El fin en el derecho, Rodríguez Serra Editor, Madrid, 1968 [1883].
652. Von Mises, Ludwing; Crítica del intervencionismo, Unión editorial, Madrid 2001 [1929]
653. Von Böhm-Bawerk, Eugen; Teoría positiva del capital, Ediciones Aosta, Madrid, 1998 [1889].
654. Weber, Max; Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 1984 [1922].
655. Zagreblesky, Gustavo; El Derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
656. Zarini, Helio; Derecho constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
657. Ziulu, Adolfo; Derecho Constitucional, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, 2 tomos.
658. Zorrilla Ruiz, Manuel y Gordillo Pérez, Luis; “Reflexiones sobre los niveles de garantía de los derechos sociales y principios rectores”, (comunicación) IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre Derechos sociales y principios rectores, Santa Cruz de Tenerife, 2011.

JURISPRUDENCIA CITADA (todas citadas por orden cronológico)

Jurisprudencia del Tribunal Constitución español

- 1) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 5/1981, de 13 de febrero de 1981
- 2) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1981, de 8 de abril de 1981.
- 3) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 25/1981, de 14 de julio de 1981
- 4) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1981, de 16 de noviembre de 1981.
- 5) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 1/1982, de 28 de enero de 1982.
- 6) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 10/1982, de 23 de marzo de 1982.
- 7) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 19/1982, de 5 de mayo de 1982.
- 8) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 64/1982, de 4 de noviembre de 1982.
- 9) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 64/1982, de 10 de noviembre de 1982
- 10) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 70/1982, de 29 de noviembre de 1982.
- 11) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 71/1982, de 30 de noviembre de 1982.
- 12) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 81/1982, de 21 de diciembre de 1982.
- 13) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 7/1983, de 14 de febrero de 1983.
- 14) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 32/1983, de 28 de abril de 1983.
- 15) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 103/1983, de 22 de noviembre de 1983.
- 16) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 111/1983, de 2 de diciembre de 1983.
- 17) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 118/1983, de 13 de diciembre de 1983.
- 18) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1984, de 2 de febrero de 1984.
- 19) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 22/1984, de 17 de febrero de 1984.
- 20) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 83/1984, de 24 de julio de 1984.
- 21) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 96/1984, de 19 de octubre de 1984.
- 22) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 11/1985, de 30 de enero de 1985.
- 23) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 58/1985, de 30 de abril de 1985.
- 24) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 66/1985, de 23 de mayo de 1985.
- 25) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 88/1986, de 1 de julio de 1986.
- 26) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1987, de 26 de marzo de 1987.
- 27) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 134/1987, de 21 de julio de 1987.
- 28) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1988, de 26 de marzo de 1988.
- 29) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 64/1988, de 12 de abril de 1988.
- 30) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 67/1988, de 18 de abril de 1988.
- 31) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 227/1988, de 29 de noviembre de 1988.
- 32) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 252/1988, de 20 de diciembre de 1988.
- 33) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 15/1989, de 26 de enero de 1989.
- 34) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 45/1989, de 20 de febrero de 1989.
- 35) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 64/1990, de 5 de abril 1990.
- 36) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 120/1990, de 27 de junio de 1990.
- 37) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 184/1990, de 15 de noviembre de 1990.
- 38) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 206/1990, de 17 de diciembre de 1990.
- 39) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 36/1991, de 14 de febrero de 1991.
- 40) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 236/1991, de 12 de diciembre de 1991.

- 41) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 14/1992, de 10 de febrero de 1992.
- 42) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 79/1992, de 28 de mayo de 1992.
- 43) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 123/1992, de 28 de septiembre de 1992.
- 44) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 135/1992, de 5 de octubre de 1992.
- 45) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 222/1992, de 11 de diciembre de 1992.
- 46) Sentencia del Tribunal Constitucional española nº 59/1993, de 15 de febrero de 1993.
- 47) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 208/1993, de 28 de junio de 1993.
- 48) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 225/1993, de 8 de julio de 1993.
- 49) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 228/1993, de 9 de julio de 1993.
- 50) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 37/1994, de 10 de febrero de 1994.
- 51) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 89/1994, de 17 de marzo de 1994.
- 52) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 89/1994, de 19 de marzo de 1994.
- 53) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 313/1994 de 24 de noviembre de 1994.
- 54) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 102/1995, de 26 de junio de 1995.
- 55) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 67/1996, de 18 de abril de 1996.
- 56) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 199/1996 de 3 de diciembre de 1996.
- 57) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 61/97 de 20 de marzo de 1997.
- 58) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 133/1997, de 16 de julio 1997.
- 59) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 58/1998, de 16 de marzo de 1998.
- 60) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 179/1998, de 16 de septiembre de 1998.
- 61) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 194/1998, de 1 de octubre de 1998.
- 62) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 21/1999, de 25 de febrero de 1999.
- 63) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 208/1999, de 11 de noviembre de 1999.
- 64) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 306/2000, de 12 de diciembre de 2000.
- 65) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 119/2001, de 24 de mayo de 2001.
- 66) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 164/2001, de 11 de julio de 2001.
- 67) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 206/2001 de 22 de octubre de 2001.
- 68) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 212/2001, de 29 de octubre de 2001.
- 69) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 215/2001, de 29 de octubre de 2001.
- 70) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 96/2002, de 25 de abril de 2002.
- 71) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 126/2003, de 30 de junio de 2003.
- 72) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 199/2004, de 15 de noviembre de 2004.
- 73) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 213/2005, de 21 de julio de 2005.
- 74) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 112/2006, de 5 de abril de 2006
- 75) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 225/2006, de 17 de julio 2006.
- 76) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 296/2006, de 11 de octubre de 2006.
- 77) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 38/2007, de 5 de febrero de 2007.
- 78) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 36/2007, de 12 de febrero de 2007.
- 79) Sentencia del Tribunal Constitucional español nº 7/2010, de 27 de abril de 2010.

Declaraciones del Tribunal Constitución español

- 1) Declaración del Tribunal Constitucional español de 1 de julio de 1992 (Declaración sobre el Tratado de la Unión Europea).
- 2) Declaración del Tribunal Constitucional española de 13 de diciembre de 2004 (Declaración sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa).

Pronunciamientos jurisdiccionales de Tribunales constitucionales de Estados distintos a los casos estudiados y de Tribunales supranacionales

- 1) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 20 de julio de 1954.
- 2) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 7 de agosto de 1962.
- 3) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 21 de enero de 1969.
- 4) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 1 de marzo de 1979 (“Ley de Cogestión” de 4 de mayo de 1976).
- 5) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Marckx vs. Bélgica”, de 13 de junio de 1979.
- 6) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea “Hauer vs. Land Rheinland-Pfalz”, de 13 de diciembre de 1979.
- 7) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Sporrong Lönnrot vs. Suecia”, de 23 de septiembre de 1982.
- 8) Dictamen de la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a las solicitudes de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de España y de la República Portuguesa, de 31 de mayo de 1985.
- 9) Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas relativo a las solicitudes de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, de 11 de junio de 1985;
- 10) Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la admisión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y en la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 11 de junio de 1985;
- 11) Tratado entre los Estados miembros de la Comunidades Europeas y el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la Adhesión del Reino de España y la República Portuguesa a la comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, 12 de junio de 1985;
- 12) Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados, (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 15 de noviembre de 1985).
- 13) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Mellacher y otros vs. Austria”, de 19 de diciembre de 1989.
- 14) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia de 6 de febrero de 2001.
- 15) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “ex rey de Grecia vs. Grecia”, de 23 de noviembre de 2000.

- 16) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Salvador Chiriboga vs.Ecuador”, Sentencia de 6 de mayo de 2008.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

- 1) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Varios puesteros próximos al Mercado del Centro c./ empresario del mismo Mercado s./ amparo de posesión” (Fallos 3:468) de 8 de noviembre de 1866.
- 2) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Delfino, Félix c./ Ferrando, Ramón s./ presa bélica” (Fallos 4:50), de 26 de enero de 1867.
- 3) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Plaza de Toros” (Fallos 7:150) de 13 de abril de 1869.
- 4) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Dr. D. Juan Agustín García por varios puesteros c./ los concesionarios del Mercado “Independencia” s./ inconstitucionalidad de una resolución Municipal” (Fallos 11:5) de 7 de octubre de 1871.
- 5) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Delfino, Félix c./ Hall, Enrique s./ reivindicación” (Fallos 3:457) 21 de junio de 1876.
- 6) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “D. Doroteo García c./ Provincia de Santa Fe s/ competencia”(Fallos 9:277) de 21 de julio de 1870.
- 7) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Procurador fiscal y del tesoro de la Provincia de San Juan c./ Sociedad Beneficiaria de Señoras s/ entrega de fondos e inconstitucionalidad” (Fallos 11:139) de 21 de noviembre de 1871.
- 8) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Saladeristas c./ Provincia de Buenos Aires” (Fallos 31:273) de 14 de mayo de 1887.
- 9) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Municipalidad de la Capital Federal c./ Elortondo, Isabel” (Fallos 33:162) de 14 de abril de 1888.
- 10) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “D. Francisco Arcelus contra Casimiro Gómez, por liquidación social y rendición de cuentas s./ capacidad de la mujer para ejercer la procuración judicial” (Fallos 42:274) de 21 de febrero de 1891.
- 11) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Doctor don Miguel Angel Angulo y García, reclamando una resolución de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil s./ prohibición de informar *in voce* por no ser abogado inscripto en la matrícula, y no haber prestado el juramento de ley” (Fallos 65:58) de 1 de septiembre de 1896.
- 12) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Hileret y otro c/Provincia de Tucuman” (fallo 98:20), de 5 de septiembre de 1903.
- 13) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Nougués Hnos. c./ Provincia de Tucuman s./ inconstitucionalidad de la ley de 14 de junio de 1902 y devolución de dinero” (Fallos 98:52) de 5 de septiembre de 1903.
- 14) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ramón González, por violación de la ley n° 4097 sobre juegos de azar s./ inconstitucionalidad” (Fallos 103:255) de 16 de diciembre de 1905.

- 15) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Departamento Nacional de Higiene c./ Indraccolo Sauver s./ venta de específico” (Fallos 115:82) de 30 de noviembre de 1911.
- 16) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Municipalidad de Federación c./ Juan Baylina s/ retiro de majadas de ovejas del Ejido de ese municipio” (Fallos 116:116) de 22 de octubre de 1912.
- 17) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Don Federico Gatti c./ don Luis Doyhenard s./ indemnización” (Fallos 124:75) de 21 de septiembre de 1916.
- 18) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “José Ferry s./ infracción ley 4531” (Fallos 124:402) de 9 de diciembre de 1916.
- 19) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Don Bernardo Belamendia c./ Provincia de Buenos Aires s./ daños y perjuicios” (Fallos 128:85) de 26 de septiembre de 1918.
- 20) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ercolano, Agustin c./ Lantieri de Renshaw, Julieta” (Fallos 136:161) de 28 de abril de 1922.
- 21) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Horta, José c./ Harguindeguy, Ernesto” (Fallos 136:170) de 21 de agosto de 1922.
- 22) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mango, Leonardo c./ Traba, Ernesto” (Fallos 144:220) de 28 de agosto de 1925.
- 23) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Bourdieu, Pedro c./ Municipalidad de la Capital”(Fallos 145:307) de 16 de diciembre de 1925.
- 24) Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Compañía Azucarera c./ Provincia de Tucumán” (Fallos 150:57), de junio de 1928.
- 25) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Avico, Oscar c./ De la Pesa, Saúl” (Fallos 172:21) de 7 de diciembre de 1934.
- 26) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Dirección General de Vialidad c./ Badaracco y Bottaro s./expropiación” (Fallos 183:88), de 17 de febrero de 1939.
- 27) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pedro Inchauspe Hnos. c./ Junta Nacional de Carnes s./ devolución de pesos” (Fallos 199:516) de 1 de septiembre de 1944.
- 28) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Martini Vicente e hijos (S.R. Ltda.) s./ infracción ley 12.591” (Fallos 200:250) de 27 de diciembre de 1944.
- 29) Sentencia de la Corte Suprema de justicia de la Nación “Merck Química Argentina c./ Estado Nacional s./interdicto” (Fallos 211:162), de 9 junio de 1948.
- 30) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Merck Química c./ Gobierno Nacional” (Fallos 211:162) de 9 de junio de 1948.
- 31) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Solivellas, Vicente s./ apela resolución del Consejo Profesional de Ciencias Económicas” (Fallos 214:612) de 26 de septiembre de 1949.
- 32) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Nadur, Amar c./ Borrelli, Francisco” (Fallos 243:449) de 15 de mayo de 1959.
- 33) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ruso, Angel y otra c./ C. de Delle Donne, Francisco” (Fallos 243:467) de 15 de mayo de 1959.
- 34) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Práticco, Carmelo y otros c./ Basso y Cía” (Fallos 246:345) de 20 de mayo de 1960.

- 35) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Callao (Cine) s./ recurso jerárquico” (Fallos 247:121) de 22 de junio de 1960.
- 36) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Barone, Manlio y Cajarville, Jesús c./ Banco di Nápoli” (Fallos 249:252) de 10 de marzo de 1961.
- 37) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Roldán, José c./ Borrás, Antonio s./ salario familiar” (Fallos 250:46) de 16 de junio de 1961.
- 38) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Miranda, R. y otros s./ recurso de amparo” (Fallos 257:30) de 9 de octubre de 1963.
- 39) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Martín y Cía. Ltda. S.A. c./ Estado Nacional”, (Fallos 257:1999) de 6 noviembre de 1963.
- 40) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Outón, Carlos y otros” (Fallos 267:215) de 29 de marzo de 1967.
- 41) Sentencia de la Corte Suprema de justicia de la Nación “Almada, Edgardo s./ información” (Fallos 268:91) de 16 de junio de 1967.
- 42) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bessolo, Leopoldo c./ Osa, Pedro”, de 20 de septiembre de 1967.
- 43) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Empresa Mate Larangeira Mendes S.A. y otros s./ recurso de amparo” (Fallos 269:393) de 7 de diciembre de 1967
- 44) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Esso S.A. Petrolera Argentina c./Estado Nacional s./ repetición” (Fallos 271:7) de 5 de junio 1968.
- 45) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cavic c./ Maurín y Cía. SRL” de 8 de julio de 1970.
- 46) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sánchez, Marcelino y otro c./ Caja Forense de la Provincia de Chaco s./ cobro de pesos por repetición de sumas abonadas” (Fallos 286:187) de 21 de agosto de 1973.
- 47) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Montarcé, Marcelo c./ Dirección Nacional de Aduanas” (Fallos 289:443) de 17 de septiembre de 1974.
- 48) Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Spota, Alberto s/ se haga lugar a su renuncia como beneficiario de I.O.M.A.” (Fallos 300:836) de 25 de julio de 1978.
- 49) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Hilanderías Olmos S.A. s/ laudo arbitral” (Fallos 301:962) de 30 de octubre de 1979.
- 50) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mansilla, Manuel c./ Cía Azucarera Juan Terán Ingenio Santa Bárbara” (Fallos 304:415) de 30 de marzo de 1982.
- 51) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Provincia de Buenos Aires c./ Dirección Nacional de Recaudación Previsional” (Fallos 305:1888) de 8 de noviembre de 1983.
- 52) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación “Nordenshtol, Gustavo c./ Subterráneos de Buenos Aires s./ despido” (Fallos 307:326) de 2 de abril de 1984.
- 53) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ulman, Miguel c./ V.A.S.A. s./ despido” (Fallos 306:1311) de 11 de septiembre de 1984.
- 54) Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Paluri, Henio c./ Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa S.A.” (Fallos 306:1964) de 13 de diciembre de 1984.

- 55) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Badano y Perazo S.C.” s./ recurso extraordinario” (Fallos 308:857) de 27 de mayo de 1986.
- 56) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Magnasco de Bicchi, María y otro c./ Lavagnino, Tschirch de Magnasco, Angélica” (Fallos 310:1705) de 1 de septiembre de 1987.
- 57) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (dictamen del Procurador) “Conti, Juan c./ Ford Motor Argentina s./ cobro de pesos” (Fallos 311:394) de 29 de marzo de 1988.
- 58) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fernández, Estrella c./ Sanatorio Güemes S.A.” (Fallos 311:1602) de 23 de agosto de 1988.
- 59) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lichieri, Tulio c./ Banco Alas Cooperativo Limitado” (Fallos 311:2437) de 29 de noviembre de 1988.
- 60) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y otros c./ Provincia de Buenos Aires y otras s./ declarativa” (Fallos 312:418) de 30 de marzo de 1989.
- 61) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Luna, Juan y otros c./ Cía Naviera Pérez Companc SACIMFA” (Fallos 312:1234) de 1 de agosto de 1989.
- 62) Sentencia de la Cortes Suprema de Justicia de la Nación “Navarro Viola de Herrera Vegas, Marta c./ Nación argentina (Dirección General Impositiva) s./ repetición” (Fallos 312:2467) de 19 de diciembre de 1989.
- 63) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cámaras Federales s./ Personal solicita el no descuento por haberes por paro” (Fallos 313:149) de 27 de febrero de 1990.
- 64) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Juárez, Rubén y otro c./ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s./ acción de amparo” (Fallos 313:433) de 10 de abril de 1990.
- 65) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Soengas, Héctor y otros c./ Ferrocarriles Argentinos” (Fallos 313:664) de 7 de agosto de 1990.
- 66) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Peralta, Luis y otro c./ Estado nacional” (Fallos 313:1513) de 27 de diciembre de 1990.
- 67) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Delmonte, Irma c./ Dirección General Impositiva s./ cobro de pesos” (Fallos 314:1471) de 19 de noviembre de 1991.
- 68) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pastrana Gómez, Gustavo s./ Quiebra” (Fallos 315:565) de 31 de marzo de 1992.
- 69) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cocchia, Jorge c./ Estado nacional y otro” (Fallos 316:2624) de 12 de febrero de 1993.
- 70) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Casier, Miguel c./ Corporación del Mercado Central de Buenos Aires s./ nulidad de acto administrativo” (Fallos 315:1336) de 23 de junio de 1992.
- 71) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ekmekdjian, Miguel c./ Sofovich, Gerardo y otros s./amparo” (Fallos 315:1492), de 7 de julio 1992.
- 72) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aranda, Oscar y Cuello Angel c/ Capitanía de Puertos del Litoral Fluvial” (DT 1993-B-1236) de 24 de noviembre de 1992.
- 73) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Fibraca Constructora S.A. c./ Comisión Mixta de Salta Grande”, (Fallos 316:1669), de 7 de julio 1993.

- 74) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Vega, Humberto c./ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro” (Fallos 316:3104) de 16 de diciembre de 1993.
- 75) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Hagelin, Ragnar c./ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional” (Fallos 316:3176), de 22 de diciembre de 1993.
- 76) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Girolodi, Horacio s./ recurso de casación” (Fallos 318:514) de 7 de abril de 1995.
- 77) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Video Club Dreams c./ Instituto Nacional de Cinematografía” (Fallos 318:1154), de 6 de junio de 1995.
- 78) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mendez Valle” (Fallos 318:2639), de 26 diciembre de 1995.
- 79) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Irizar, José c./ Provincia de Misiones” (Fallos 319:1934) de 12 de septiembre de 1996.
- 80) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Monges, Analía c./ Universidad de Buenos Aires” (Fallos 319:3148), de 26 de diciembre de 1996.
- 81) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sociedad Militar “Seguro de Vida” – Institución Mutualista c./ Estado nacional s./ juicio de conocimiento” (Fallos 320:760) de 6 de mayo de 1997.
- 82) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación” (Fallos 325:534) de 14 de octubre de 1997.
- 83) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Chocobar, Sixto c./ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos” (Fallos 319:3241) de 27 de diciembre de 1997.
- 84) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Petric, Domagoj c./ Diario Página 12” (Fallos 321:885) de 16 de abril de 1998.
- 85) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Zorzin, Víctor c./ Yacimiento Petrolíferos Fiscales S.A.” (Fallos 321:1696) de 11 de junio de 1998.
- 86) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cancela, Omar c./ Artear” (Fallos 321:2637) de 29 de septiembre de 1998.
- 87) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Loma Negra C.I.A.S.A. c./ Provincia de Santiago del Estero y otro s./ amparo” (Fallos 330:1989) de 9 de junio de 1999.
- 88) Sentencia de la Corte de Justicia de la Nación “Colavita, Salador y otro c./ Provincia de Buenos Aires y otros s./ daños y perjuicios” (Fallos 323:318), de 7 de marzo de 2000.
- 89) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “González de Delgado, Cristina y otros c./ Universidad Nacional de Córdoba” (Fallos 323:2359) de septiembre de 2000. voto en particular del ministro Enrique Santiago Petracchi, considerando nº 2.
- 90) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Felicetti, Roberto y otros s./revisión” (Fallos CSJN 323:4130) de 23 de noviembre de 2000.
- 91) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Banco de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos 324:4520) de 28 de diciembre de 2001.
- 92) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo” (Fallos: 325: 28) de 1 de febrero de 2002.

- 93) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c./ Secretaría de Medio Ambiente” de 11 de julio de 2002.
- 94) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Khanis, Pablo s./ Quiebre s./ incidente de verificación de crédito por Consorcio de Propietarios de la Calle Panamá 982/88” (Fallos 326:269), de 25 de febrero de 2003.
- 95) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Provincia de San Luis c./Estado Nacional” (Fallos: 326:417) de 5 de marzo de 2003.
- 96) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Abujall, José y Feu, Mario c./ García, Erika y otros s./ juicio ejecutivo (incidente de desafectación de bien de familia)” (Fallos 326:1864) de 11 de junio de 2003.
- 97) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Cabrera, Gerónimo Rafael y otro c./ P.E.N. - ley 25.561, dtos. 1570/01 y 214/02 s./ amparo” (Fallos: 327:2905) de 13 de julio de 2004.
- 98) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3294) de 24 de agosto de 2004.
- 99) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Campbell, María Enriqueta Vda. de Tufiño y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro” (Fallos: 327:3655) de 14 de septiembre de 2004.
- 100) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido” (Fallos 327:3677), de 14 de septiembre de 2004.
- 101) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” (Fallos 327:5118), de 21 de septiembre de 2004.
- 102) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Milone,” (Fallos 327:4607), de 26 de octubre de 2004.
- 103) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Bustos, Alberto Roque y otros c/Estado Nacional y otros s./amparo”(Fallos:327:4495) de 26 de octubre de 2004.
- 104) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa"(Fallos 327:5668), de 23 de diciembre 2004.
- 105) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sánchez, María del Carmen c./ ANSeS s./ reajustes varios” (Fallos 328:1602) de 17 de mayo de 2005.
- 106) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Casal, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa”, (LL 2005-F-110) de 20 de septiembre de 2005.
- 107) Sentencia de la Corte de Justicia de la Nación “Ferreira, Víctor y otro c./ V.I.C.O.V. S.A. s./ daños y perjuicios” (Fallos 329:646), de 21 de marzo de 2006.
- 108) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Badaro, Adolfo c./ ANSeS s./ reajustes varios” (Fallos 329:3089) de 8 de agosto de 2006. (comúnmente denominado Badaro 1).
- 109) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional (Fallos: 329:5913) de 27 de diciembre de 2006.
- 110) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mosca, Hugo c./ Asociación del Fútbol Argentino, Provincia de Buenos Aires y Club Atlético Lanús s./ daños y perjuicios” (Fallos 330:653), de 6 de marzo de 2007.

- 111) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Provincia de San Juan c./ A.F.I.P. s./ impugnación de deuda” (Fallos 330:1927), de 24 de abril de 2007.
- 112) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Madorrán, Marta c./ Administración Nacional de Aduanas s./ reincorporación” (Fallos 330:1989) de 3 de mayo de 2007.
- 113) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Badaro, Adolfo c./ ANSeS s./reajustes varios” (Fallos 330:4866) de 26 de noviembre de 2007 (comúnmente denominado “Badaro II”).
- 114) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Medina, Orlando y otro c./ Solar Servicios On Line Argentina y otro s./ interrupción de prescripción” (Fallos 331:250) de 26 de febrero de 2008.
- 115) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Schneiderman, Ernesto c./ Estado nacional” (Fallos 331:735) de 8 de abril de 2008.
- 116) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c./ Provincia de Catamarca s./ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Fallos 331:1262) de 20 de junio de 2008.
- 117) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Mendoza, Beatriz y otros c./ Estado nacional y otros s./ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo” (Fallos 331:1622) de 8 de julio de 2008.
- 118) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Asociación Trabajadores del Estado c./ Ministerio de Trabajo s./ Ley de Asociaciones sindicales” (Fallos 331:2449) de 11 de noviembre de 2008.
- 119) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Crucero del Norte SRL c./ Estado argentino” (Fallos 332:193) de 24 de febrero de 2009.
- 120) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Halabi, Ernesto c./ Poder Ejecutivo s./ amparo – ley 26.873” (Fallos 332:111) de 24 de febrero de 2009.
- 121) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Rossi, Adriana c./ Estado nacional s./ sumarísimo” (Fallos 332:2715) de 9 de diciembre de 2009.
- 122) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Schröder, Juan c./ INVAP S.E. s./amparo” (Fallos) de 5 de abril de 2010.
- 123) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sánchez, Carlos c./ Auditoría General de la Nación s./ despido” (Fallos 333:335) de 6 de abril de 2010.
- 124) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ramos, José c./ Estado nacional s./ indemnización por despido” (Fallos 333:311) de 6 de abril de 2010.
- 125) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Día Argentina S.A. y otra c./ Provincia de Buenos Aires s./ acción de inconstitucionalidad” (D. 335. XXXIX) de 15 de junio de 2010
- 126) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Videla, Jorge y Massera, Emilio s./ recurso de casación” (Fallos 333:1657), de 31 de agosto de 2010.
- 127) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Alvarez, Maximiliano y otros c./ Cencosud S.A. s./ amparo” (Fallos 333:2306) de 7 de diciembre de 2010.
- 128) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Jiménez, María c./ Provincia de Salta s./ inconstitucionalidad”, (J. 126. XLII) de 19 de abril de 2011.

INDICE

	<u>Página</u>
AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA	3
SUMARIO	5
INTRODUCCION Y ENFOQUE METODOLÓGICO DEL TRABAJO	6
Capítulo 1. Estado, economía y derecho constitucional	10
1. Sociedad, Estado de derecho y economía. Desarrollo histórico y sus interrelaciones.....	10
2. Las transformaciones jurídicas del Estado y su vinculación con las relaciones económicas...14	14
a. Del absolutismo al Estado legislativo de derecho. El poder del Estado por sobre la economía.....	14
b. El surgimiento del derecho y la garantía de la norma en relación a los intercambios económicos. El imperio de la ley y la interdicción de la arbitrariedad.....	21
c. La consagración de una norma suprema dentro del sistema jurídico: El Estado constitucional de derecho.....	21
i. Constitucionalismo evolutivo o mutación constitucional.....	21
ii. Constitucionalismo revolucionario y constitucionalismo originario.....	22
3. El sometimiento de la actividad económica al derecho constitucional. Remisión.....	24
 Capítulo 2. La Constitución socioeconómica. Su relación con los factores de poder, la Constitución política, contenidos, orígenes y presupuestos	 25
1. Constitución y factores de poder: formalidad y materialidad de la norma.....	25
2. Continuación: Constitución política y económica. Materialidad y la variante de la norma no escrita.....	30
La Constitución no escrita y el ordenamiento del poder (político y económico).....	32
3. Constitución y supremacía. La posición jerárquica de las normas complementarias.....	34
Constitución y bloque de constitucionalidad.....	34
Constitución, supremacía y bloque de constitucionalidad en España. Preliminares y Constituciones históricas (1812, 1837, 1869 y 1931).....	35
La Constitución de 1978 y el bloque de constitucionalidad.....	37
La incorporación de la fuente externa del derecho. El debate sobre su posición jerárquica en el sistema jurídico: ¿repercusión en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales?.....	40
Constitución, supremacía y bloque de constitucionalidad en Argentina. Preliminares históricos.....	51
El bloque de constitucionalidad en Argentina.....	51
La supremacía constitucional en el período 1853-1992.....	52
La construcción de un nuevo modelo interpretativo jurisprudencial. El período 1992-1994.....	55
La reforma de la Constitución nacional de 1994 y la constitucionalización de la fuente externa del derecho.....	56
La normativa derivada de los organismos internacionales de derechos humanos y su posición en el sistema jerárquico jurídico. Breve mención comparada a la integración regional.....	58

Planteo de fórmulas lógicas de ordenamiento. Sus variantes.....	58
Posturas y tesis en la doctrina y jurisprudencia.....	59
Conclusiones comparadas. La posición de la normativa internacional en España y Argentina.....	63
4. Derecho, economía y factores de poder. Constitución política y Constitución económica. ¿Transformación o interrelación?.....	65
Derecho constitucional y economía: Hacia la Constitución económica. La introducción de la cuestión económico-social.....	67
5. Definición de Constitución económica o socioeconómica: diferentes posturas.....	72
La utilidad del concepto Constitución socioeconómica. Críticas y réplicas en la doctrina española y argentina.....	73
La Constitución económica en España.....	76
El concepto “Constitución económica” en otras experiencias de Europa continental. Breve reseña dogmática, con énfasis en el caso alemán y su reforma constitucional del año 2009.....	81
La Constitución económica en Argentina.....	84
Nuestra propuesta de definición de “Constitución socioeconómica”.....	87
Características de la hipótesis de definición.....	87
Elementos que componen la hipótesis de definición.....	89
i) Elemento preliminar. Esencia terminológica: Constitución “socioeconómica”.....	89
ii) Bloque de normas y principios de jerarquía suprema interrelacionados.....	90
Características intrínsecas de la Constitución socioeconómica (en clave de bloque socioeconómico supremo).....	92
iii) Reconocimiento de derechos fundamentales económicos, sociales y culturales.....	93
iv) Garantías (procesales e institucionales) supremas para su efectivo cumplimiento.....	93
La naturaleza y el valor de los índices estadísticos oficiales en la Constitución socioeconómica.....	95
v) Poder estatal de intervención en la economía (técnicas e instrumentos articulados por los órganos competentes).....	96
El poder estatal de intervención en la economía en España.....	97
El poder estatal de intervención en la economía en Argentina.....	100
vi) Subsistema recaudatorio y financiero de generación de recursos.....	103
vii) Orden socioeconómico determinado orientado a la satisfacción de las necesidades sociales (orientación del gasto público).....	105
El caso español. El principio de estabilidad presupuestaria y la reforma al artículo 135 de la Constitución.....	106
6. La matriz ideológica de la Constitución económica: Neutralidad o parcialidad. Los casos de España y Argentina.....	109
Determinación ideológica-declarativa en la Constitución socioeconómica. Estudio de casos.....	109

Determinación ideológica-constitutiva en la Constitución socioeconómica. Metodología.....	112
Determinación ideológica-declarativa y determinación ideológica-constitutiva de la Constitución socioeconómica. Modelos contrastados de los tipos puros o ideales.....	113
Cuadro comparativo.....	115
La matriz ideológica de la Constitución socioeconómica. La posición de la doctrina jurídica en los casos de España y Argentina.....	116
Un caso de neutralidad de la Constitución socioeconómica: La República Federal Alemana y la interpretación del Tribunal Constitucional Federal. Los casos de la Constitución de Bonn de 1949 y su diferencia con la Constitución de Weimar de 1919.....	121
7. Orígenes históricos de la Constitución socioeconómica.....	130
a) Primera postura: El constitucionalismo liberal y el surgimiento de los Estados constitucionales. El caso de la Constitución norteamericana.....	132
b) Segunda postura: La Revolución rusa de 1917 y el constitucionalismo contestatario.....	133
c) Tercera postura: La Constitución de Weimar de 1919 y el constitucionalismo social.....	134
d) Cuarta postura: La Constitución de México de 1917 y el constitucionalismo revolucionario.....	136
La protección del trabajo en la Constitución de México de 1917.....	142
El empleo público en la Constitución de México de 1917.....	146
e) Nuestra posición sobre el origen histórico de la Constitución socioeconómica...	147
8. Presupuestos de la Constitución socioeconómica.....	150
i. Primer presupuesto: Toda Constitución proyecta un orden socioeconómico....	150
Constituciones socioeconómicas ordenadas y dispersas. Análisis de casos comparados.....	151
Cuadro comparativo.....	153
Cuadro comparativo.....	153
ii. Segundo presupuesto: La Constitución socioeconómica es una regla prudentemente abierta y compatible con pluralidad de modelos económicos, con los límites que establecen los derechos allí reconocidos y su neutralidad o determinación declarativa/constitutiva ideológica.....	155
Planteo de la descripción en fórmulas lógicas.....	156
Capítulo 3. El sistema de derechos económicos, sociales y culturales de la Constitución socioeconómica desde un enfoque comparado.....	157
1. Metodología comparada aplicada. El derecho constitucional comparado y su esquematización.....	157
2. El derecho constitucional comparado en la experiencia iberoamericana.....	159
3. La propuesta metodológica: El estudio comparado de los derechos económicos, sociales y culturales en los casos de España y Argentina y su alcance protectorio. Orden expositivo.....	161
Cuadro esquemático de la propuesta clasificatoria.....	163

Parte 1. El Caso español.....	164
A) El Contenido de la Constitución socioeconómica española.....	164
Aproximación preliminar. La dogmática española sobre los derechos económicos, sociales y culturales.....	164
B) Primera especie: Derecho a la propiedad privada y libertad de empresa en la Constitución socioeconómica española.....	171
1. Derecho de propiedad privada en la Constitución socioeconómica española.....	171
a) Desarrollo histórico.....	171
b) Naturaleza jurídica. Sus consecuencias.....	172
c) Sujetos, objeto y contenido (esencial) del derecho.....	178
d) La función social de la propiedad como parte del contenido esencial. El derecho y su accesibilidad.....	185
e) La reserva de ley.....	189
f) Expropiación forzosa a causa de utilidad pública.....	192
g) La propiedad y la herencia. La disposición de la propiedad privada <i>mortis causa</i>	194
2. La libertad de empresa en la Constitución socioeconómica española.....	196
a) Naturaleza jurídica: un derecho fundamental. Sus consecuencias.....	196
b) Sujetos del derecho. El caso del Estado y la iniciativa pública ¿derecho o competencia funcional?.....	197
Planificación e iniciativa pública en la economía.....	199
c) Objeto y contenido del derecho. Referencia constitucional a las “empresas” educativas y de información.....	201
d) El contenido esencial de la libertad de empresa. La referencia al marco de la economía de mercado.....	207
e) Los límites al ejercicio de la libertad de empresa. Límites sustanciales y límites formales.....	209
C) Segunda especie: Los derechos del trabajo y de la seguridad social en la Constitución socioeconómica española.....	213
Cuadro esquemático.....	214
a) Naturaleza jurídica de los preceptos socioeconómicos del Capítulo III (del Título I) en la Constitución española ¿derechos subjetivos o principios rectores de la política social y económica? Diferentes posturas.....	216
Primera postura: El Capítulo III de la Constitución española como continente de principios rectores (informadores) de la política social y económica. Jurisprudencia.....	216
Segunda postura: El Capítulo III de la Constitución española como continente de derechos subjetivos. Diferentes variantes. Jurisprudencia.....	220
b) Enumeración, contenido y objeto de los derechos laborales.....	226

Derecho de libre sindicalización.....	226
Derecho de huelga. La variante patronal o <i>lock out</i>	227
Derecho de trabajar y su dimensión negativa: el deber de trabajar.....	229
La dimensión obligacional del derecho: el deber de trabajar.....	232
El caso de la especial protección de los trabajadores españoles en el extranjero.....	233
Derecho a la negociación colectiva laboral.....	233
La protección de la familia y las condiciones favorables para el progreso social y económico.....	234
Derecho de la seguridad social.....	236
La seguridad social y eventualidades constitucionales expresas: Los casos de la protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y de los ciudadanos durante la tercera edad y el otorgamiento de pensiones.....	239
Derecho a la protección de la salud.....	240
Derecho al disfrute de la vivienda digna y adecuada.....	242
D) Tercera especie: Resto de los derechos sociales y culturales en la Constitución socioeconómica española.....	246
1) La protección constitucional de los consumidores y usuarios.....	246
a) Fundamentos de la tutela jurídica.....	246
b) Derechos y/o principios rectores de la política social y económica orientados a los consumidores y usuarios. Especificaciones y contenidos.....	249
Derecho a la protección de la salud y la seguridad.....	250
Derecho de la protección de los legítimos intereses económicos.....	251
Derecho a la reparación de daños.....	251
Derecho a la información y la educación.....	252
Derecho a la representación.....	252
La regulación del comercio interior y régimen de autorización de productos comerciales.....	252
2) Derecho al ambiente natural y al patrimonio cultural.....	253
Naturaleza jurídica del derecho al ambiente natural y al patrimonio artístico/cultural. ¿Derechos fundamentales o principios rectores de la política social y económica? Sus relaciones con la Constitución socioeconómica española.....	253
Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.....	256
Obligaciones a los poderes públicos, de: i) de promover y restaurar el ambiente y; ii) de velar por el uso racional de los recursos naturales.....	257

Deber de las personas (de “todos”) de conservar el medio ambiente.....	257
Principios de conservación, calidad de vida, solidaridad colectiva y recomposición del daño causado.....	257
Parte 2. El Caso argentino.....	260
A) El Contenido de la Constitución socioeconómica argentina.....	260
Aproximación preliminar. La dogmática argentina sobre los derechos económicos, sociales y culturales. El aporte de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional....	260
B) Primera especie: Derecho a la propiedad privada y libertad de emprendimiento económico privado en la Constitución socioeconómica argentina.....	262
1) Derecho de propiedad privada en la Constitución socioeconómica argentina.....	263
a) Desarrollo histórico.....	263
b) Naturaleza jurídica. Un derecho constitucional/fundamental. Sus restricciones.....	264
Prohibición de la confiscación de bienes a perpetuidad.....	266
El caso de la confiscación de la propiedad enemiga. Jurisprudencia.....	267
Prohibición de trabajos o servicios patrimoniales personales compulsivos o requisiciones.....	268
c) Contenido, objeto y sujetos del derecho.....	269
La propiedad de la tierra y los pueblos indígenas u originarios.....	274
Un subtipo de derecho de propiedad u objeto de jerarquía constitucional: la propiedad intelectual y su temporalidad.....	275
La propiedad intelectual desde la dimensión internacional del derecho: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.....	276
d) Limitaciones y restricciones al derecho de propiedad privada.....	280
Cuadro esquemático.....	281
I) Expropiación a causa de utilidad pública.....	283
i. Calificación legislativa de “utilidad pública”.....	282
ii. Determinación de los bienes a expropiar. ¿Qué bienes son expropiables?.....	283
iii. Indemnización previa al acto expropiatorio.....	283
iv. Desposesión y transferencia del bien.....	284
v. Figuras no constitucionalizadas.....	284
II) Sentencia judicial fundada en ley.....	284

III)	Regulación del ejercicio del derecho.....	285
a.	Fórmulas negativas (o de abstención).....	286
	El principio de reserva de ley en la limitación del derecho de propiedad.....	287
	El principio de razonabilidad en la reglamentación del derecho de propiedad.....	287
b.	Fórmulas positivas (o de promoción). Remisión.....	289
IV)	Poder de tributación. La interdicción de la confiscación.....	290
e)	La función social de la propiedad.....	292
	El bien de familia y la función social de la propiedad. Remisión.....	293
	El argumento de la emergencia económica como justificante de la función social de la propiedad. Su construcción jurisprudencial.....	294
	Crisis económica, emergencia y propiedad privada. Los depósitos bancarios, la “pesificación” y “el corralito financiero” instaurados en el año 2001.....	297
	La función social de la propiedad. El aporte del diálogo con la dimensión internacional de los derechos humanos.....	301
2)	Libertad de emprendimiento económico privado en la Constitución socioeconómica argentina.....	303
	El bloque de derechos económicos de producción (comercio, industria y profesión).....	303
	El derecho de contratar: ¿autonomía o variante del derecho de comerciar?.....	304
a)	Desarrollo histórico.....	305
b)	Naturaleza jurídica del bloque de derechos económicos de producción: Derechos constitucionales-fundamentales. Jurisprudencia.....	306
	Continuación jurisprudencial. La primera integración del bloque de derechos económicos de producción. La identificación del derecho de trabajar con el derecho de industria.....	308
	Continuación jurisprudencial. La segunda integración del bloque de derechos económicos de producción. La identificación del derecho de trabajo e industria con el derecho de comercio.....	309
	El bloque de derechos económicos de producción y sus irradiaciones normativas y axiológicas: ¿derecho a la libre iniciativa económica privada? ¿Libertad de empresa? La construcción de un bien jurídico protegido de producción.....	311
a.	El aporte axiológico.....	312
b.	Los derechos sociales y la “fórmula de cierre” de la producción.....	312

Cuadro esquemático.....	314
c) Contenido, objeto y sujetos del derecho a la libre iniciativa económica privada.....	315
El trabajo autónomo (o por cuenta propia) como variante de la libre iniciativa económica privada.....	321
d) Los límites al ejercicio de los derechos económicos de producción. Jurisprudencia.....	322
C) Segunda especie: Los derechos del trabajo y de la seguridad social en la Constitución socioeconómica argentina.....	325
Enumeración y naturaleza jurídica de los derechos del trabajo y de la seguridad social.....	326
Derechos constitucionales individuales del trabajador.....	326
Derecho de trabajo y derecho al trabajo ¿deber de trabajar?.....	326
Derecho a las condiciones dignas y equitativas de labor.....	328
Derecho a la jornada limitada.....	328
Derecho al descanso y vacaciones pagados.....	329
Derecho a la retribución justa y al salario mínimo vital y móvil.....	330
Derecho a la igual remuneración por igual tarea.....	331
Derecho a la participación en las ganancias, en el control de la producción y colaboración en la dirección de las empresas.....	331
Derecho a la protección contra el despido arbitrario.....	334
Derecho a la estabilidad del empleado público.....	335
Derecho individual a la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.....	337
Derechos constitucionales colectivos de los trabajadores.....	339
Derecho a la organización sindical. Remisión.....	339
Derecho a la concertación de convenios colectivos de trabajo...339	
Derecho a recurrir a la conciliación y al arbitraje.....	340
Derecho de huelga.....	340
Derechos de los representantes gremiales para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con el empleo.....	341
Derechos constitucionales de la seguridad social. Su carácter irrenunciable e integral.....	343
Derecho al seguro social obligatorio.....	343
Derecho a jubilaciones y pensiones móviles.	344
Derecho a la protección integral de la familia.....	346
Derecho a la defensa del bien de familia.....	346
Derecho a la compensación económica familiar.....	347
Derecho de acceso a una vivienda digna.....	348
D) Tercera especie: Resto de los derechos sociales y culturales.....	350
1) Derechos de los usuarios y consumidores. La categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.....	350

a)	Desarrollo histórico y su relación con la Constitución socioeconómica (con énfasis en los derechos económicos).....	351
b)	Derechos reconocidos. Especificaciones y contenidos.....	353
	Derechos constitucionales individuales de los usuarios y consumidores.....	353
	Derecho a la protección de la salud.....	354
	Derecho a la protección de la seguridad.....	354
	Derecho de la protección de los intereses económicos.....	354
	Derecho a la información veraz y adecuada.....	355
	Derecho a la libertad de elección.....	355
	Derecho a las condiciones de trato equitativo y digno.....	356
	Derechos constitucionales colectivos de los usuarios y consumidores.....	356
	Derecho a asociarse en defensa de sus intereses.....	356
	Derecho a participar colectivamente en los organismos de control de los servicios públicos.....	357
	Derecho al acceso a la tutela judicial efectiva “expedita y rápida” en lo relativo a los derechos que protegen.....	357
c)	Principios y lineamientos constitucionales. La relación de consumo.....	358
2)	Derecho al ambiente natural y al patrimonio cultural. La aplicación de la categoría de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos.....	362
a)	Desarrollo histórico.....	363
b)	Naturaleza jurídica del derecho al ambiente natural y al patrimonio artístico/cultural. Derechos constitucionales/fundamentales. Objeto y titularidad. Sus relaciones con la Constitución socioeconómica.....	363
	El objeto de la tutela del derecho.....	364
	El problema sobre la titularidad (presente y futura) del derecho al ambiente. El principio de sustentabilidad ambiental. El principio precautorio.....	365
	La prohibición del ingreso de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos al territorio argentino.....	366
	CONCLUSIONES.....	368
	BIBLIOGRAFIA (citada por orden alfabético).....	394
	JURISPRUDENCIA CITADA (todas citadas por orden cronológico).....	424
	Jurisprudencia del Tribunal Constitución español.....	424
	Declaraciones del Tribunal Constitución español.....	425
	Pronunciamientos jurisdiccionales de Tribunales constitucionales de Estados distintos a los casos estudiados y de Tribunales supranacionales.....	426
	Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.....	427
	INDICE.....	434